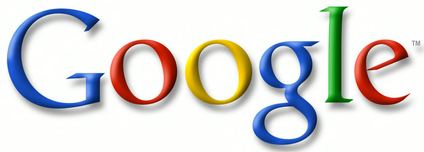
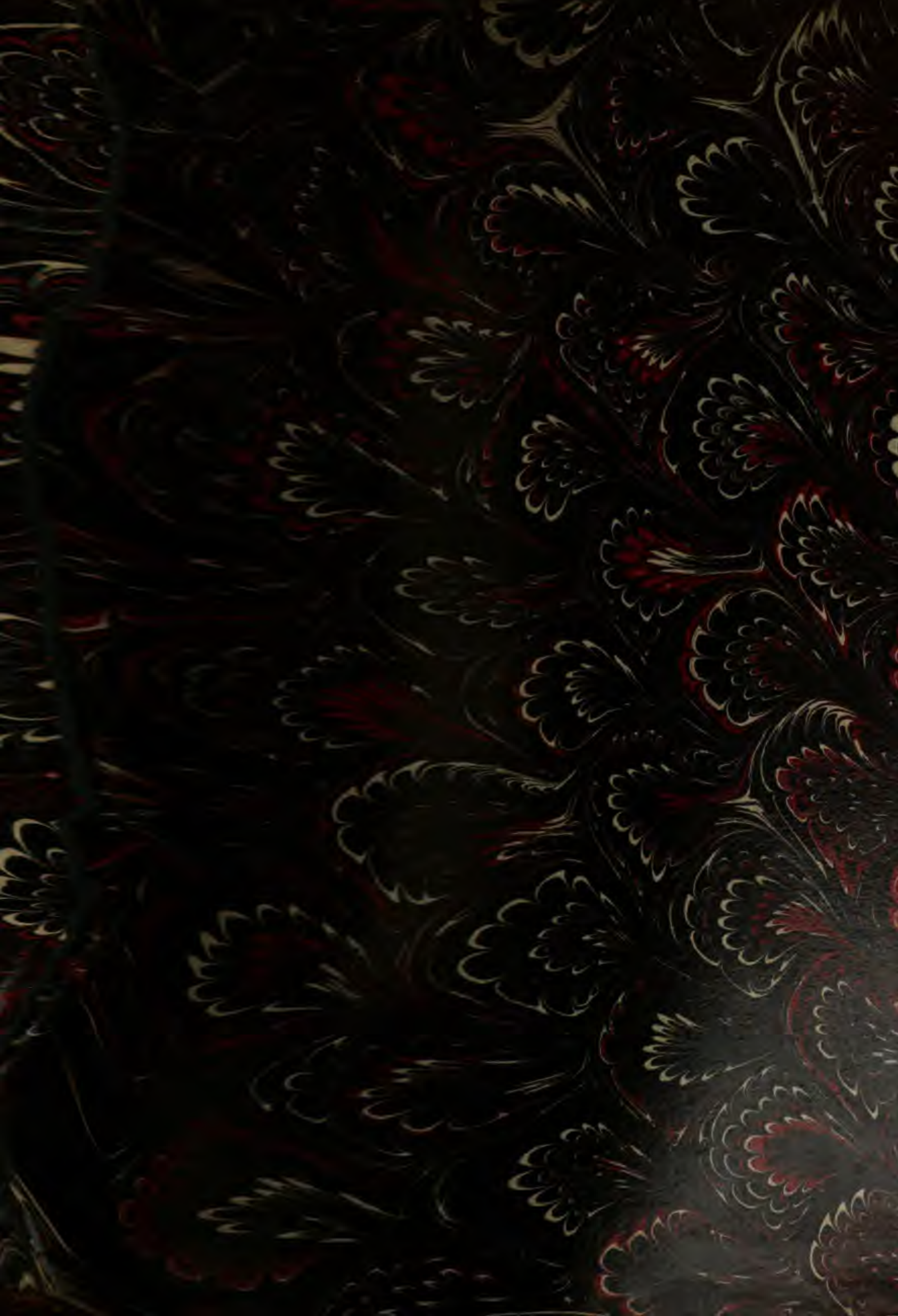



3 2044 103 193 306



17—

Handelsgesetzbuch

mit Kommentar

herausgegeben von

H. Makower.

Dreizehnte Auflage

bearbeitet von

F. Makower, Rechtsanwalt.

Erster Band.

Buch I und II (Handelsstand, Gesellschaften).



Berlin 1906.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

Inhaltsübersicht.

Erstes Buch. Handelsstand.

Erster Abschnitt. Kaufleute.

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

Anhang zum zweiten Abschnitt.

Auszug aus dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

Achter Abschnitt. Handelsmakler.

Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

Sechster Titel. Verjährung.

Anhang zum ersten Abschnitt.

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

Sechster Titel. Strafvorschriften.

Abkürzungen.

ADH. = Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch v. 1861 (mit späteren Änoerungen bis 1896).
AG. = Aktiengesellschaft.
Behrend = Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin 1886.
BerlHandelsgebr. = Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Im Auftrage des Ältesten-Kollegiums herausgegeben von Heinrich Dove und Max Apt. Berlin 1899/1900. Zweite Folge herausgegeben von Max Apt. Berlin 1905.
BernFrachtÜb. = Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr 14 X 90.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
Bolze = A. Bolze, die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig 1886 ff.
BreslHandelsgebr. = Gutachten der Handelskammer zu Breslau über Gewohnheiten und Gebräuche im Handelsverkehr. Im amtlichen Auftrage der Handelskammer zu Breslau bearbeitet, erläutert und herausgegeben von Conrad Ernst Riesenfeld. Breslau 1900.
Busch = Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts. Herausgegeben von F. B. Busch (und anderen). Leipzig 1863 ff.
CosackBR. = Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Von Konrad Cosack. 4. Aufl. Jena 1904.
CosackHR. = Lehrbuch des Handelsrechts. Von Konrad Cosack. 6. Aufl. Stuttgart 1903.
CPO. = Civilprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.
D. = Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes. Reichstagsdrucksachen. 9. Legislatur-Periode. VI. Session. 1895/97. Zu Nr. 632.
Dernburg = Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens von Heinrich Dernburg. 2. Aufl. Halle a. S. 1899 ff.
Düringer-Hachenburg = Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (mit Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs erläutert von A. Düringer und M. Hachenburg. Mannheim, Bd. I: 1898, Bd. II: 1901, Bd. III: 1903.
EGHGB. = Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
E. I = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift. Aufgestellt im Reichs-Justizamt. Berlin 1896.
E. II = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, vorgelegt dem Reichstag am 22. Januar 1897. Reichstagsdrucksachen. 9. Legislatur-Periode. IV. Session. 1895/97. Nr. 632.
EntschFG. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte. Berlin 1900 ff.
Esser = Die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des HGB. vom 10. Mai 1897 dargestellt und erläutert von Robert Esser und Ferdinand Esser. 2. Aufl. Berlin 1899.
FGG. = Reichs-Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Fuld = Das Recht der Handlungsgehilfen von Ludwig Fuld. Hannover 1897.
G. = Gesetz.
Gareis = Das Deutsche Handelsrecht von Karl Gareis. 7. Aufl. Berlin 1903.
Gen. = Genossenschaft.

GmbH. = Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Goldmann = Das HGB. vom 10. Mai 1897 (mit Ausschluß des Seerechts) erläutert von Samuel Goldmann. Bd. 1 Berlin 1901, Bd. 2 Berlin 1901/05.

GruchotsBeitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das Preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts, begründet von J. A. Gruchot.

GS. = Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten. Berlin.

GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.

Hahn = Friedrich v. Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. 1877. Von der 4. Aufl. 1894 der erschienene Teil bis Art. 172.

HGB. = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

HoldheimsMSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, herausgegeben von Paul Holdheim, später von Heilbrunn. Berlin.

Horrwitz = Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge von Hugo Horrwitz. 2. Aufl. Berlin 1905.

Jacusiel = Das Recht der Agenten und Mäkler von Kurt Jacusiel. Berlin 1899, 1900.

JMBl. = Justiz-Ministerial-Blatt für die Preußische Gesetzgebung und Rechtspflege. Berlin.

Immerwahr = Das Recht der Handlungsagenten von Walter Immerwahr. Breslau 1900.

JW. = Juristische Wochenschrift. Berlin.

KAG. = Kommanditgesellschaft auf Aktien.

KB. = Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf des HGB. sowie den Entwurf eines EG. zu demselben. Reichstagsdrucksachen. 9. Legislatur-Periode. IV. Session 1895/97. Nr. 735.

KB. = Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf des Aktiengesetzes von 1884. Reichstagsdrucksachen. 5. Legislatur-Periode. IV. Session 1884. Nr. 128.

Keyßner = Hugo Keyßner und L. Keyßner, Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien. Berlin 1900.

KG. = Kommanditgesellschaft.

KG. (mit folgendem Datum der Entscheidung) = Kammergericht Berlin.

KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.

KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen.

KO. = Konkursordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.

Lehmann = Das Handelsgesetzbuch. Von K. Lehmann und V. Ring. Berlin 1899 ff.

M. = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten. Zweiter Teil: Motive. Berlin 1857.

M. = Motive zum G. vom 18. Juli 1884.

Mosse = Handelsgesetzbuch von F. Litthauer. 13. Aufl. In Verbindung mit M. Thiele und A. Cohn, herausgegeben von A. Mosse. Berlin 1905.

oHG. = offene Handelsgesellschaft.

OLGRspr. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Falkmann und Mugdan.

OTr. = Entscheidungen des Königl. Geheimen Obertribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage. Berlin.

Oertmann = Das Recht der Schuldverhältnisse. Erläutert von Paul Oertmann. Berlin 1899.

Planck = Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert von G. Planck in Verbindung mit A. Achilles, F. André, M. Greiff, F. Ritgen, O. Strecker, K. Unzner. Berlin 2. Aufl. 1897 ff., 3. Aufl. 1903 ff.

P. = Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs. Herausgegeben von J. Lutz.

Rehm = Die Bilanzen der AG. und GmbH., KAG., Gen., Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Hypotheken- und Notenbanken und Handelsgesellschaften überhaupt nach deutschem und österreichischem Handels-, Steuer-, Verwaltungs- und Strafrecht. Von Hermann Rehm. München 1903.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.
RG. (mit folgendem Datum der Entscheidung) = Reichsgericht.
RGBl. = Reichs-Gesetzblatt.
RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig.
Ring = Das Handelsgesetzbuch von K. Lehmann und V. Ring, §§ 178—334 bearbeitet von V. Ring.
ROH. = Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes. Erlangen, Stuttgart.
Rudorff = HGB. vom 10. Mai 1897. Mit Erläuterungen von O. Rudorff. Stuttgart 1898.
Simon = Die Bilanzen der AG. und der KAG. Von Hermann Veit Simon. 3. Aufl. Berlin 1899.
Staub = Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Von Hermann Staub. Sechste und siebente Aufl. Berlin 1900.
Steg. = Die Rechtsprechung des Deutschen Oberhandelsgerichts zu Leipzig, herausgegeben von A. Stegemann. Berlin 1871 ff.
StenB. = Erste, zweite und dritte Beratung des Entwurfs eines HGB. und des Entwurfs eines Einführungsgesetzes im Reichstage. Stenographische Berichte. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. 1897.
Str. = Striethorst. Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Königl. Obertribunals. Berlin.
Thöl = Heinrich Thöl, das Handelsrecht. 5. Aufl. Leipzig 1875 ff.; Bd. III. 1. Aufl. 1880.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb, Zeitschrift.
VerkO. = Eisenbahn-Verkehrsordnung.
ZBl. = Centralblatt für das Deutsche Reich.
Zentralorgan = Centralorgan für den Deutschen Handelsstand. Herausgegeben von Löhr. Köln, sodann Elberfeld 1862 ff.
ZHR. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt und anderen.
ZZP. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

Entstehung des Handelsgesetzbuchs.

1. Bis zur Feststellung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861.[1]

Bereits in den Jahren 1836 und 1846 brachte die württembergische Regierung bei Beratung der Zollvereinsstaaten eine möglichst gleichmäßige Gesetzgebung im Gebiet des Handelsrechts in Anregung.

Der erste Versuch, zu einem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch die Einleitung zu treffen, wurde von dem Reichsministerium der Justiz in Frankfurt gemacht, eine von ihm zur Fertigung eines Entwurfs berufene Kommission arbeitete über eine Anzahl von Materien des Handelsrechts Gesetzesvorschläge aus, die im Jahr 1849 im Druck veröffentlicht wurden.[2]

Seitens der preußischen Regierung wurden im Jahr 1850 juristische Kommissarien mit der Vorbereitung eines Handelsrechts-Entwurfs besonders befaßt, und im Mai desselben Jahres die verschiedenen Gesichtspunkte und Prinzipien in Ministerialkonferenzen mit Sachverständigen, die aus dem Handelsstand der verschiedenen Provinzen dazu entsendet waren, in spezielle Beratung genommen. Die Sache wurde sodann nach einer durch die Bearbeitung der Konkursordnung veranlaßten Unterbrechung um so angelegentlicher verfolgt, als bei den Generalkonferenzen des Zollvereins von der württembergischen und mehreren anderen Staatsregierungen der Wunsch an den Tag gelegt worden war, daß die preußische Regierung mit dem Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Handelsrechts zum Zweck einer Vereinbarung der Deutschen Staaten vorgehen möge. Im Anfang des Jahres 1856 waren die Vorarbeiten bis zur Zusammenstellung eines vollständigen Entwurfs gediehen.

Am 21. Februar 1856 beantragte die bayrische Regierung bei der Bundesversammlung die Niedersetzung einer Kommission zur Entwerfung und Vorlage eines Allgemeinen Handelsgesetzbuchs für die deutschen Bundesstaaten. Demgemäß beschloß die Bundesversammlung am 17. April 1856 die Niedersetzung einer

---

[1]) Dieser Abschnitt ist auszugsweise entnommen aus der Begründung zum Preußischen Einführungsgesetz v. 1861. — Genaueres s. in v. Hahn, Kommentar, Einleitung.

[2]) Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland. Frankfurt a. M. J. D. Sauerländers Verlag, 1849.

Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Allgemeinen Handelsgesetzbuchs für die deutschen Bundesstaaten und lud die Bundesregierungen ein, Rechtsgelehrte oder Sachverständige dahin abzuordnen. Sie wählte am 18. Dezember desselben Jahres die Stadt Nürnberg zum Sitz der Konferenz.

Inzwischen wurde der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Preußen vollendet und in den Ministerien, sowie in besonderen Konferenzen, die in den Monaten Oktober bis Dezember 1856 stattfanden, einer eingehenden Beratung unterworfen. Mit Rücksicht auf die Ergebnisse der Beratung ist sodann der preußische Entwurf nochmals bearbeitet und festgestellt worden.[1]

Die Handelsrechtskonferenz in Nürnberg wurde am 15. Januar 1857 eröffnet. Bei ihr waren durch Bevollmächtigte vertreten die Staatsregierungen von Österreich, Preußen, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Baden, Kurhessen, Großherzogtum Hessen, der sächsischen Herzogtümer, von Nassau, Braunschweig, Mecklenburg-Schwerin, Anhalt-Dessau, Lübeck, Frankfurt, Bremen und Hamburg. Außer den Bevollmächtigten der einzelnen Staaten war eine erhebliche Zahl ausgezeichneter Männer des Kaufmannsstandes von den verschiedenen Regierungen, als Sachverständige zu den Konferenzen gesendet. Die Konferenz beschloß, den preußischen Entwurf zur Grundlage der Beratungen zu nehmen, dabei auch dem von der österreichischen Regierung vorgelegten Entwurf volle Beachtung zuzuwenden.

Nach 98 Sitzungen wurde am 2. Juli 1857 die Beratung der ersten drei Bücher des preußischen Entwurfs (die im wesentlichen den vier ersten Büchern des in Nürnberg zuletzt festgestellten Entwurfs und den drei ersten Büchern des Handelsgesetzbuchs von 1897 entsprechen) in erster Lesung beendigt, und eine zweimonatliche Vertagung der Konferenz beschlossen, damit eine von dem Fassungsausschuß gefertigte Redaktion der bisherigen Beschlüsse den Regierungen vorgelegt, und das Material zur zweiten Lesung gesammelt werden konnte.

Zu dieser zweiten Lesung trat die Konferenz am 15. September 1857 wieder zusammen; sie schloß dieselbe am 3. März 1858. Die Ergebnisse wurden sowohl den Regierungen vorgelegt, wie auch nebst den Protokollen über die Beratung durch den Druck veröffentlicht. Es wurde vorbehalten, nach Beratung des Seerechts noch eine kurze dritte Lesung der vier ersten Bücher vorzunehmen.

Als Ort für die Verhandlungen über das Seerecht wurde Hamburg gewählt, und die Bevollmächtigten der Regierungen von Österreich, Preußen, Bayern, Hannover, der sächsischen Herzogtümer, von Braunschweig, Mecklenburg-Schwerin, Oldenburg, Lübeck, Bremen und Hamburg traten dort am 26. April 1858 zusammen. Das Seerecht wurde ebenfalls auf der Grundlage des preußischen Entwurfs beraten; die erste Lesung war am 25. Oktober 1859 beendigt, und nachdem das Ergebnis der Verhandlungen den Regierungen mitgeteilt, und das Material zu einer nochmaligen Beratung gesammelt war, die zweite und letzte Lesung des Seerechts in der Zeit vom 9. Januar bis zum 22. August 1860 durchgeführt und an diesem Tage beendet.

---

[1]) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten. Nebst Motiven. Berlin 1857. R. v. Deckers Verlag.

Während der Dauer der Beratungen über das Seerecht wurde von einzelnen Regierungen, insbesondere von Württemberg und von Bayern, eine sofortige unveränderte Annahme des aus der zweiten Lesung in Nürnberg hervorgegangenen Entwurfs der ersten vier Bücher in Anregung gebracht.

In Veranlassung jener Anregungen verständigte sich die preußische Regierung mit der österreichischen und bayrischen dahin, die sämtlichen übrigen Regierungen einzuladen, daß sie die von ihnen gewünschten wesentlichen Abänderungen des Entwurfs zweiter Lesung unter Beschränkung der Erinnerungen auf das geringste Maß und unter Vermeidung von Wiederholungen an die Konferenz einsenden möchten, und daß die dritte Lesung der vier ersten Bücher auf die Erledigung dieser Erinnerungen beschränkt werde. Nachdem das Einverständnis der übrigen Regierungen nicht zweifelhaft war, wurde auf den Antrag des preußischen Bevollmächtigten am 24. Oktober 1859 auch von der Konferenz in diesem Sinn beschlossen.

Die Erinnerungen der Regierungen gingen bis zum August 1860, dem Zeitpunkt der Beendigung der Beratungen über das Seerecht, ein. Allein die Zusammenstellung derselben ergab, daß, während ein Teil der Regierungen, unter anderen insbesondere auch Österreich und Preußen, in Festhaltung des mit so vielen Schwierigkeiten verbundenen Ziels, ein gemeinsames Gesetzbuch zustande zu bringen, und in Würdigung des für die Gesamtheit daraus erwachsenden Vorteils sich den Mehrheitsbeschlüssen der Konferenz möglichst gefügt und gar keine oder doch nur sehr wenige Erinnerungen eingebracht hatten, von anderen Regierungen aus abweichenden Gesichtspunkten in einer für die Einigung nicht zuträglichen Weise eine sehr große Zahl von Erinnerungen aufgestellt war. Das in sehr langwierigen Verhandlungen nach zweimaliger Lesung durch Mehrheitsbeschlüsse der Bevollmächtigten unter Mitwirkung der sachverständigen Kaufleute endlich gewonnene Ergebnis erschien durch die gegen die 394 Artikel erhobenen 500 Einwendungen wesentlich gefährdet.

Von der Absicht geleitet, den Wünschen der sämtlichen Regierungen und den Bedürfnissen und berechtigten Erwartungen des Handelsstandes entgegenzukommen, führten die Regierungen von Österreich, Preußen und Bayern, auf Anregung der preußischen Regierung, die Sache auf den von anderen Seiten verlassenen Standpunkt zurück. Es wurde von den erwähnten drei Regierungen durch übereinstimmende Noten vom 12., 18. und 23. Oktober 1860 den sämtlichen Bundesregierungen vorgeschlagen, an dem vorliegenden Entwurf zweiter Lesung möglichst festzuhalten, in eingreifende Veränderungen der Prinzipien und des organischen Zusammenhangs nicht einzugehen, Ansichten und Vorschläge, die bereits in der Konferenz durchberaten worden, nicht zu nochmaligen Debatten und Abstimmungen wieder aufzunehmen, und Bemängelungen von Fassungen ohne praktische Bedeutung oder sonstige unerhebliche Dinge nicht zum Gegenstand von Verhandlungen des Plenums der Konferenz zu machen. Zu diesem Zweck fügten die genannten drei Regierungen ihren Noten ein Verzeichnis derjenigen Erinnerungen bei, welchen gegenüber an dem in zweiter Lesung beschlossenen Entwurf festgehalten, und welche daher von der dritten Lesung auszuscheiden wären, ferner ein Verzeichnis derjenigen Erinnerungen, welche durch einen Redaktionsausschuß zu erledigen wären.

Bei der dritten Lesung der vier ersten Bücher, die hierauf am 19. November

1860 in Nürnberg eröffnet wurde, stellte der preußische Bevollmächtigte den Antrag, es möge der Abschluß des Werks im Sinn der erwähnten Noten erfolgen. Nach Einsprache von anderen Seiten wurde von dem Präsidenten durch Umfrage festgestellt, daß die Mehrheit der in der Versammlung vertretenen Regierungen dem vorgeschlagenen Verfahren beigetreten war, und daß außerdem noch eine weitere Zahl von augenblicklich in der Versammlung nicht vertretenen Regierungen zugestimmt hatte. Die dritte Lesung fand nunmehr in dem durch die Mehrheit angenommenen Verfahren statt, und auch die Dissentierenden nahmen, unter Wahrung aller Zuständigkeiten ihrer Regierungen, an den Beratungen und Abstimmungen regen Anteil.[1]

Am 12. März 1861 wurde die Konferenz in Nürnberg geschlossen und der Entwurf des Handelsgesetzbuchs der Bundesversammlung und den Bundesregierungen vorgelegt.[2]

2. Seit Verkündung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861.

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch wurde durch besondere einzelstaatliche Gesetze (in Preußen durch das Einführungsgesetz vom 24. Juni 1861, GS. 449) im Lauf der Jahre 1861—1865 in allen einzelnen Staaten des damaligen Deutschen Bundes eingeführt mit Ausnahme von Holstein, Lauenburg, Schaumburg-Lippe und preußisches Jadegebiet.[3]

Durch Art. 4 der Verfassung des Norddeutschen Bundes v. 1867 (BGBl. 4) wurde festgesetzt: „Der Beaufsichtigung seitens des Bundes und der Gesetzgebung desselben unterliegen .... 13. die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren." Auf Grund dieser Bestimmung erging das Bundesgesetz v. 5. Juni 1869 (BGBl. 379). Durch dies Gesetz wurde das Handelsgesetzbuch zum Bundesgesetz erklärt und (unbeschadet des Bundesgesetzes über die Nationalität der Kauffahrteischiffe und ihre Befugnis zur Führung der Bundesflagge v. 25. Oktober 1867, BGBl. 35) als solches in das gesamte Bundesgebiet eingeführt (§ 1). Von den landesrechtlichen bei oder nach Einführung des Handelsgesetzbuchs erlassenen Vorschriften wurden — mit Ausnahme einiger ausdrücklich hervorgehobenen (§§ 3—5)[4] nur diejenigen als

---

[1]) Über das bei der dritten Lesung eingeschlagene Verfahren vgl. P. 4493 ff. und Thöl, Zur Geschichte des Entwurfs eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Göttingen, Verlag der Dietrich'schen Buchhandlung, 1861.

[2]) Die Protokolle (P.) sind im Auftrag der Kommission herausgegeben von J. Lutz. Würzburg 1858 ff.

[3]) Die meisten Einführungsgesetze sind abgedruckt bei v. Lutz, Protokolle. Die Einführung erfolgte in Holstein und Schleswig durch V. 5 VII 67 (Pr. GS. 1113), in Lauenburg durch G. 21 X 68 (Offizielles Wochenblatt für Lauenburg 473), in Schaumburg-Lippe und im Preußischen Jadegebiet durch das Bundesgesetz 5 VI 69 (BGBl. 379). Vgl. auch Pr. G. 9 III 70 (GS. 248) betr. die Einführungsbestimmungen zum ADH. für das Jadegebiet und die Einführung verschiedener seerechtlicher Vorschriften in daselbe.

[4]) Die in § 4 jenes Gesetzes genannten Vorschriften (mit einer Ausnahme) sind auch jetzt aufrecht erhalten durch Art. 19 EGHGB. Vgl. auch Art. 21.

Landesgesetze in Kraft belassen, die nur eine Ergänzung, keine Abänderung des Handelsgesetzbuchs enthielten (§ 2). Die obenerwähnte Bestimmung des Art. 4 der Verfassung des Norddeutschen Bundes wurde übernommen in Art. 4 der Verfassung v. 15. November 1870 des durch Beitritt Südhessens und Badens begründeten Deutschen Bundes (BGBl. 627) und in Art. 4 der Reichsverfassung v. 16. April 1871 (BGBl. 66); durch Gesetz vom 20. Dezbr. 1873 (RGBl. 379) wurde die Fassung des Art. 4 Nr. 13 Reichsverfassung dahin geändert, daß der Beaufsichtigung des Reiches und der Gesetzgebung desselben unterstellt wurde: „.... 13. die gemeinsame Gesetzgebung über das gesamte bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren." Das Gesetz v. 5. Juni 1869 wurde als Bundesgesetz eingeführt in Südhessen und Baden durch die Verfassung des Deutschen Bundes v. 15. November 1870 Art. 80 zu I 15 (BGBl. 627), in Württemberg durch Vertrag v. 25. November 1870 Art. 1 (BGBl. 654), und die Einführung in Bayern wurde durch Vertrag v. 23. November 1870 Art. II § 26 zu I 14, Art. III § 8 (BGBl. 71 17, 21) in Aussicht gestellt. Die vorerwähnten Vereinbarungen mit den süddeutschen Staaten wurden bestätigt im G. betr. die Verfassung des Deutschen Reiches v. 16. April 1871 § 2 (BGBl. 63). Die Einführung des Gesetzes v. 5. Juni 1869 in Bayern erfolgte durch Reichsgesetz v. 22. April 1871 (BGBl. 87).

In Elsaß-Lothringen wurde das Handelsgesetzbuch eingeführt durch Reichsgesetz v. 19. Juni 1872 § 1 (Gesetzbl. für ElsLoth. 213); in Helgoland das Handelsgesetzbuch und das G. v. 5. Juni 1869 durch kaiserl. Verordnung v. 22. März 1891 Art. I zu X 1 (RGBl. 22).

Erheblichere Änderungen des Handelsgesetzbuchs durch die Bundes- und Reichsgesetzgebung erfolgten auf dem Gebiet des Aktienrechts durch die Gesetze v. 11. Juni 1870 (BGBl. 375) und 18. Juli 1884 (RGBl. 123), auf dem Gebiet des Seerechts durch das G. betr. die Nationalität der Kauffahrteischiffe und ihre Befugnis zur Führung der Bundesflagge v. 25. Oktober 1867 (BGBl. 35) und die Seemannsordnung v. 27. Dezember 1872 (RGBl. 409). Die beiden letzterwähnten Gesetze wurden später ersetzt durch das G. betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe v. 22. Juni 1899 (RGBl. 319) und die Seemannsordnung v. 2. Juni 1902 (RGBl. 175).

An ergänzenden Gesetzen sind namentlich hervorzuheben das Genossenschaftsgesetz v. 4. Juli 1868 (BGBl. 415), geändert durch G. v. 1. Mai 1889 (RGBl. 55, neue Fassung RGBl. 98 810), das Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 (RGBl. 207)[1], die Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 (RGBl. 73)[2], das Gesetz betr. die Löschung nicht mehr bestehender Firmen und Prokuren im Handelsregister v. 30. März 1888 (RGBl. 129)[3], das Gesetz betr. Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20. April 1892 (RGBl. 477, neue Fassung RGBl. 98 846), das Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt v. 15. Juni 1895 (RGBl. 301, neue Fassung RGBl. 98 868), das Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei v. 15. Juni 1895 (RGBl. 341), das Börsengesetz v.

[1]) Geändert durch EGBGB. Art. 42.

[2]) Geändert durch G. 30 XII 01 (RGBl. 02 1).

[3]) Aufgehoben durch Art. 8 Nr. 1 EGHGB.

22. Juni 1896 (RGBl. 157)[1] und das Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5. Juli 1896 (RGBl. 183).

Infolge der Neuordnung des Bürgerlichen Rechts in Deutschland durch das Bürgerliche Gesetzbuch v. 18. August 1896 (RGBl. 195) wurde eine Umarbeitung des Handelsgesetzbuchs erforderlich. Das Reichsjustizamt veröffentlichte 1896 einen „Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift."[2] (Dieser Entwurf ist nachstehend als „Entwurf I" bezeichnet.) Unter Berücksichtigung der erfolgten Besprechungen dieses Entwurfs und der gemachten Änderungsvorschläge wurde dann ein zweiter Entwurf im Reichsjustizamt aufgestellt und im Bundesrat beraten und demnächst mit der entsprechend geänderten Denkschrift von der Reichsregierung dem Reichstag zur Beschlußfassung vorgelegt. (Dieser Entwurf ist nachstehend als „Entwurf II" bezeichnet, und auf diese Fassung der Denkschrift beziehen sich die Verweisungen auf letztere).[3] Der Entwurf wurde vom Reichstag[4] nach erfolgter Kommissionsberatung[5] mit nicht sehr erheblichen Änderungen angenommen und demnächst als Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897 verkündet. Nach Art. 1 des gleichzeitig verkündeten Einführungsgesetzes trat der sechste Abschnitt des ersten Buches des Handelsgesetzbuchs mit Ausnahme des § 65 am 1. Januar 1898, der übrige Teil des Handelsgesetzbuchs gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch, also am 1. Januar 1900, in Kraft.

---

[1]) Geändert durch Art. 14 EGHGB.

[2]) Erschienen bei J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. 1896.

[3]) Drucksachen des Reichstags IX LP. Sess. 1895/97 Nr. 632 und zu Nr. 632.

[4]) Die Beratungen des Reichstages fallen in die Zeit vom 8. Februar bis 7. April 1897. Erste, zweite und dritte Beratung des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs und des Entwurfs eines Einführungsgesetzes im Reichstage. Stenographische Berichte. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung 1897.

[5]) Bericht der XVIII. Kommission über den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs sowie den Entwurf eines Einführungsgesetzes zu demselben (Drucksachen des Reichstags IX LP. Sess. 1895/97 Nr. 735 mit Zusammenstellung der Vorlage mit den Beschlüssen der Kommission).

Erstes Buch.

Handelsstand.

Erster Abschnitt.

Kaufleute.

§ 1.

Kaufmann. Handelsgrundgeschäfte.

Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der nachstehend bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat:

1. die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waaren) oder Werthpapieren, ohne Unterschied, ob die Waaren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden;
2. die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waaren für Andere sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht;
3. die Uebernahme von Versicherungen gegen Prämie;
4. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte;
5. die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer;
6. die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter;
7. die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmäkler;
8. die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels;
9. die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

ADH. Art. 4, 271, 272 Abs. 1. **Entw. I** § 1. **Entw. II** § 1.

A. Handelsgewerbe.
I. Handelsgewerbe als grundlegender Begriff.
II. Gewerbe.
III. Handelsgewerbe.
B. Kaufmann.
IV. Begriff.
V. Verhältnis der Kaufmannseigenschaft zum Eintragungszwang.
VI. Geschäftsunfähiger und beschränkt geschäftsfähiger Kaufmann.
VII. Kauffrau.
C. Handelsgrundgeschäfte.
VIII. Allgemeines.
IX. Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren oder Wertpapieren.
X. Bearbeitung oder Verarbeitung.
XI. Versicherung gegen Prämie.
XII. Bankier- und Geldwechslergeschäfte.
XIII. Beförderungsgewerbe.
XIV. Kommissionäre, Speditöre, Lagerhalter.
XV. Handlungsagenten, Handelsmakler.
XVI. Geschäfte des Buch- und Kunsthandels.
XVII. Druckereien.

A. Handelsgewerbe.

I. **Handelsgewerbe ist der für Abgrenzung des Anwendungsgebiets des HGB. grundlegende Begriff.** Im ADH. war grundlegender Begriff: Handelsgeschäfte (Art. 271 ff.). Im HGB. wird der Begriff des Handelsgewerbes zugrunde gelegt, und dieser Begriff in den §§ 1—3 bestimmt. Auf den Begriff des Handelsgewerbes nimmt Bezug die Begriffsbestimmung des Kaufmanns (§ 1 Abs. 1) und die Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte (§ 343).

II. **Gewerbe.**

a. **Begriff.** Ein Gewerbe liegt nur vor, wenn die folgenden vier Merkmale gegeben sind:

1. Gewinnerzielungsabsicht muß vorliegen, der Wille darf nicht nur auf Deckung der Selbstkosten oder auf Ersparnisse (RG. **37** 297) gerichtet sein. Das ROH. **3** 407 läßt dahingestellt, ob die auf Erlangung eines unmittelbaren Vermögensgewinns gerichtete Absicht ein wesentliches Kriterium der Gewerbemäßigkeit, ob nicht vielmehr die Absicht, die betreffenden Geschäfte gegen Entgelt auszuführen, ausreichend ist. Das RG. **39** 137 verlangt eine „zum Zwecke des Erwerbes als unmittelbare Einnahmequelle betriebene dauernde Tätigkeit". Es müsse beabsichtigt sein, daß aus der Tätigkeit selbst Einnahmen gezogen werden; es genüge nicht ein sonstiges irgendwie geartetes Interesse an der Tätigkeit (RG. **38** 22). Wem der Gewinn zufließen soll, ob dem Gewerbetreibenden oder einem Dritten, ist unerheblich. Ebenso — selbst wenn durch Satzung festgelegt — wozu der gehoffte Gewinn bestimmt ist, ob zur Verschaffung des Lebensunterhaltes oder zur Erhöhung der Einnahmen und zur Vergrößerung des Vermögens, oder zur Verwendung für gemeinnützige (KG. 24 VI 01 EntschFG. **2** 177), kirchliche oder öffentliche Zwecke, auch ob neben der Erzielung eines Gewinnes zugleich Wohlfahrts- oder andere öffentliche Zwecke erstrebt werden sollen (KGJ. **13** 18); auch dann, wenn der Gewinnerzielungszweck erst in zweiter Reihe steht (Düringer-Hachenburg IIIb; dagegen Lehmann Nr. 6).

Gewerbe sind daher diejenigen Betriebe des Staates und eines öffentlichen Verbandes, bei denen Erzielung von Gewinn und Verwendung des so erzielten Gewinns für andere öffentliche Zwecke beabsichtigt ist (vgl. unten Anm. IVd 2). Hierzu gehört auch die Ausübung eines diesen Zweck verfolgenden staatlichen Herstellungs- oder Handels-Alleinrechts, z. B. eines Staatsmonopols in Tabak (dagegen P. 1260). Aus demselben Grund ist Gewerbe derjenige Betrieb eines kirchlichen Vereins, durch den dieser Verein die Einnahmen erzielen will, die erforderlich sind, um auf anderem Gebiet die Vereinszwecke verfolgen zu können (KG. 18 IV 04 EntschFG. **4** 203 KGJ. **28** A 36 OLGRspr. **9** 17). Betreibt ein kirchlicher Verein ein Unternehmen mit der Absicht der Gewinnerzielung, gleichzeitig aber auch zu dem ausgesprochenen Zweck, damit dies Unternehmen kirchlich-sittlichen oder gemeinnützigen Zwecken diene (z. B. klösterlicher Wäschereibetrieb zur Ausbildung junger Mädchen, christliches Hospiz zur Darbietung eines Heims mit christlicher Hausordnung an Reisende besserer Stände), so ist Tatfrage, ob der zweiterwähnte Zweck ein selbständig erstrebter, oder ob dessen Erwähnung nur eine besondere Form der Reklame zur Unterstützung des ersteren Zweckes ist. In letzterem Fall liegt Gewerbe vor. Aber auch in ersterem Fall (vgl. KGJ. **13** 18), außer wenn der zu kirchlich-sittlichen oder gemeinnützigen Zwecken und gleichzeitig zur Gewinnerzielung unterhaltene Betrieb nur einer der mehreren Zweige der Tätigkeit dieses Vereins ist und der erzielte Überschuß für die anderen rein kirchlichen Zweige verwendet wird (KG. 18 IV 04 EntschFG. **4** 205 KGJ. **28** A 37 OLGRspr. **9** 18).

Kein Gewerbe, weil nur Deckung der ganzen oder eines Teils der Betriebskosten bezweckend, sind in der Regel die Betriebe von Sparkassen, landschaftlichen Kreditinstituten (D. 11; dagegen Düringer-Hachenburg IIIb) und Gegenseitigkeitsversicherungen (unten Anm. XI). Ebensowenig diejenigen Teile der Strafanstaltsbetriebe, in denen Gefangene mit gewinnbringenden Arbeiten beschäftigt werden (P. 1260). Auch nicht der Betrieb eines nichtrechtsfähigen Konsumvereins, der Waren nur an die Mit-

glieder verkauft und den hierbei erhobenen Preisaufschlag zunächst zur Deckung der Verwaltungskosten und dann zur Rückzahlung an die Mitglieder nach Verhältnis des Preises der von einem jeden bezogenen Waren verwendet (KG. 17 XII 00 EntschFG. 2 21, KGJ. 21 A 77 OLGRspr. 2 123). Dagegen ist auch der Betrieb einer Sparkasse Gewerbebetrieb, wenn im Einzelfall neben dem gemeinnützigen Zweck auch die Erzielung von nicht nur zur Verstärkung des Reservefonds bestimmten Überschüssen bezweckt wird, wenngleich diese Überschüsse wiederum wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecken zugute kommen sollen (OLG. Jena 20 XII 00 EntschFG. 2 23 KGJ. 21 D 14). Kein Gewerbebetrieb ist die Herstellung guten Kriegsmaterials in eigenen Anstalten des Staates zur eigenen Verwendung, oder der Betrieb einer lediglich militärischen Zwecken dienenden Eisenbahn (RG. 37·297), überhaupt die Herstellung von Erzeugnissen, die lediglich dem eigenen Gebrauche des Erzeugenden dienen sollen, und bei denen ein Umsatz, sei es des zunächst und unmittelbar hergestellten, sei es eines unter dessen Verwendung hergestellten weiteren Erzeugnisses nicht geplant ist (RG. 37 298). Kein Gewerbe liegt in einer Herstellung zu Studienzwecken oder für den persönlichen oder häuslichen Bedarf (RG. 39 33).

Unerheblich ist, ob jedes einzelne Geschäft in dem zusammenhängenden Betrieb die Erzielung von Gewinn bezweckt (Staub Anm. 14; vgl. HGB. § 343 Anm. III 48). Ebenso, ob tatsächlich in dem betreffenden Betrieb Gewinn erzielt wird. Einerseits ist Gewerbe ein auf Gewinnerzielung gerichtetes Unternehmen, selbst wenn der erhoffte Ertrag nicht erzielt wird (KG. 18 IV 04 EntschFG. 4 205 KGJ. 28 A 35 OLGRspr. 9 18). Andererseits ist kein Gewerbe ein zu gemeinnützigen Zwecken betriebenes Unternehmen, wenn ein Überschuß nicht als das Ergebnis einer hierauf gerichteten Willensrichtung, sondern nur als Folgeerscheinung einer vorsichtigen Wirtschaft verbleibt (KG. 18 IV 04 EntschFG. 4 205 KGJ. 28 A 38 OLGRspr. 9 20).

Unerheblich ist, ob eine öffentlich-rechtliche Pflicht zu dem betreffenden Gewerbebetrieb besteht; ein Gewerbe ist daher z. B. auch der Betrieb der Apotheker (M. 6, P. 513, KGJ. 3 10, RGSt. 24 426, LG. Frankfurt a. O. 22 II 04 KGBl. 85; vgl. unten Anm. IV e).

2. Fortgesetztes Betreiben muß beabsichtigt sein (ROH. 14 118: „dauernde Einnahmequelle, regelmäßig, nicht bloß gelegentlich", RG. 39 137). Hahn[4] Art. 4 § 10 will dieses Merkmal allein entscheiden lassen; die auf ein fortgesetztes Betreiben gerichtete Absicht ergebe sich aus der Errichtung von hierzu erforderlichen Anstalten, wie Läden, Niederlagen, Anstellung von Hilfspersonen oder aus Erklärungen, wie Annahme einer Firma, Versendung von Rundschreiben, Anmeldung zum Handelsregister. Ob fortgesetztes Betreiben beabsichtigt war, ist Tat-, nicht Rechtsfrage (ROH. 9 436, 17 158). Unter Umständen kann schon aus einem nachgewiesenen Geschäft (RG. 10 102) oder zwei mit der hinzugehörigen Abwicklungstätigkeit sich auf längere Zeit erstreckenden Geschäften (KG. 20 VI 04 OLGRspr. 9 239) hierauf geschlossen werden. Andererseits genügt nicht das Vorliegen mehrerer gleichartiger Geschäfte, bei deren jedem die Absicht auf Gewinnerzielung gerichtet war (Bolze 2 Nr. 712). Der Wille muß vielmehr von vornherein auf das Betreiben der ganzen Reihe von Geschäften gerichtet sein (RG. 38 20). Die Absicht, möglichst bald einen anderen Betrieb zu beginnen, schließt nicht aus, daß der erste, nur einstweilige Betrieb ein Gewerbebetrieb ist (RG. 15 III 99 JW. 282 [16]). — Eine hiervon zu unterscheidende Frage ist, ob in gewissen Beziehungen ein einzelnes Rechtsgeschäft des Gewerbetreibenden, trotzdem es außerhalb des Rahmens eines bestehenden Gewerbebetriebes liegt, dennoch diesem Gewerbebetrieb zuzurechnen ist; hierüber vgl. § 343 Anm. II c 3.

3. Kundgegeben gegenüber der Allgemeinheit muß der auf fortgesetzte Gewinnerzielung gerichtete Wille sein (ROH. 22 303, RG. 9 XI 93 JW. 94 19[46], Düringer-Hachenburg Anm. III c, Lehmann Nr. 7, Goldmann A Anm. 1; dagegen Staub Anm. 19, 29). Kein Gewerbebetrieb liegt daher z. B. vor, wenn jemand, der einen anderen Hauptberuf hat, durch einen Kommissionär an der Börse dauernd spekuliert. Wird der Wille des Gewerbetreibens kundgegeben, so kann ein Handelsgewerbe auch

dann vorliegen, wenn nach außen verheimlicht wird, daß Gegenstand des Gewerbebetriebes Handelsgeschäfte sind (Bolze 18 Nr. 253).

4. Gegenstand des Betriebes darf nicht sein die Ausübung eines rein wissenschaftlichen oder rein künstlerischen Berufs, eines staatlichen, gemeindlichen oder kirchlichen Amts (RG. 39 137). In diesen Beschäftigungszweigen überwiegt der Umsatz von Gedanken oder körperlichen Fertigkeiten des Unternehmers im Gegensatz zu einem Umsatz von Diensten Dritter oder Gegenständen; eine scharfe Grenze läßt sich allerdings nicht ziehen. Auch in diesen Berufen geht zwar in den meisten Einzelfällen die Absicht ausschließlich oder überwiegend auf Gewinnerzielung; indessen ist nach den herrschenden Anschauungen dieser Zweck doch kein so notwendig mit jenen Tätigkeiten verknüpfter und kein für die nähere Art der Ausübung so ausschlaggebender, wie in anderen, insbesondere den kaufmännischen Betrieben. Kein Gewerbe im Sinne des HGB. ist hiernach z. B. der Betrieb des Rechtsanwalts (D. 11, vgl. RG. 39 137), des Patentanwalts (vgl. KG. 6 IV 04 OLGRspr. 9 369), des Arztes (D. 11, RG. 6 III 02 JW. Beilage S. 228[88], KG. 14 I 01 EntschFG. 2 25 KGJ 21 A 251 OLGRspr. 2 277) und des Erziehers. Indessen ist der Sprachgebrauch in dieser Beziehung kein fester; bei Auslegung gewerbepolizeilicher und steuerlicher Gesetze ist daher mitunter das Gegenteil angenommen worden; so wurde als Gewerbe erachtet bei Auslegung des Doppelbesteuerungsgesetzes der Betrieb des Arztes (RG. 39 137) und des Rechtsanwalts (RG. 55 167); dagegen nicht als Gewerbe bei Auslegung des Gewerbesteuergesetzes der Betrieb des Arztes (PrOVG. 5 V 98 DJZ. 98 331). Die Gewerbeordnung ist auf den Betrieb des Rechtsanwalts nicht, auf den Betrieb des Arztes nur insoweit anwendbar, als die GewO. ausdrückliche Bestimmungen darüber enthält (GewO. § 6). — Selbst wenn man aber den Betrieb des Arztes an sich nicht als Gewerbe ansieht, so wird er dennoch hierzu, und sogar zu einem Handelsgewerbe (unten Anm. IIIa), wenn er sich auf Unterhaltung einer Irren-, Heil- oder Verpflegungsanstalt gegen ein Entgelt erstreckt, das die Selbstkosten einschließlich mäßiger Verzinsung übersteigen soll (PrOVG. 5 V 98 DJZ. 98 331, RG. 6 III 02 JW. Beilage S. 228[88], KG. 14 I 01 EntschFG. 2 26 KGJ. 21 A 254 OLGRspr. 2 278, 9 XI 03 OLGRspr. 8 89 ZHR. 55 284; dagegen OTr. 14 IV 74 ZHR. 22 275), denn hierin liegt zugleich die Ausübung einer gastwirtlichen Tätigkeit (unten Anm. IVf „Wirt"). Entsprechend bei Anstalten, in denen Schüler untergebracht und verpflegt und nebenbei auch unterrichtet werden (KG. 9 XI 03 OLGRspr. 8 92 ZHR. 55 284). Dagegen liegt im Betreiben einer solchen Heil- oder Unterrichtsanstalt kein Gewerbe, wenn sie nur zur eigenen Fortbildung, zu Lehrzwecken oder für wissenschaftliche Untersuchungen unterhalten wird (KG. 14 I 01 EntschFG. 2 27 KGJ. 21 A 254). Entsprechend ist auch ein Schauspielunternehmen, selbst höherer Art, Gewerbe, außer wenn ausnahmsweise der Unternehmer das Theater nur betreibt, um seine sonstige literarische oder künstlerische Tätigkeit zu ermöglichen oder zu fördern (OLG. Dresden 7 VII 03 OLGRspr. 8 249, KG. 26 X 03 KGJ. 26 A 213 OLGRspr. 8 247). Kein Gewerbe betreibt ein Architekt, der sich nur mit dem Entwurf von Bauten künstlerischer Art und der Bauleitung bei solchen Bauten beschäftigt (vgl. OLGRspr. 9 365).

b. **Beginn** des Gewerbebetriebs liegt bereits in den ersten Bestellungen und Ankäufen zwecks Weiterveräußerung (RGSt. 27 227, § 343 Anm. IIc 3); ebenso im Erbieten zur Veräußerung, z. B. durch Versendung von Proben oder Preislisten (Bolze 3 Nr. 795). Schon der Abschluß eines einzigen Rechtsgeschäfts kann ein Betreiben des Gewerbes enthalten (RG. 10 102), z. B. unter Umständen das Unterschreiben eines einzigen Wechsels mit der Firma (ROH. 1 132, 12 413). Im Ankauf eines Geschäfts, um es demnächst selbst zu betreiben, liegt noch kein Beginn dieses Gewerbebetriebes (vgl. § 25 Anm. IIIa 2, jedoch auch § 343 Anm. III 60); doch kann ein solcher Ankauf zu einem schon vorher begonnenen anderen Gewerbe gehören. Ob auch im Sinn der §§ 60, 112, 236 in Vorbereitungshandlungen für späteren eigenen Betrieb ein Gewerbebetrieb liegt, vgl. § 60 Anm. Ib, § 112 Anm. Id; ob ein Geschäftebeginn im Sinn des § 123,

vgl. § 123 Anm. IIIb; ob Handelsgeschäfte, vgl. § 343 Anm. III 60. Im Sinn des Reichsstempelgesetzes beginnt der Betrieb des Bergwerks erst mit der ersten bergmännischen Förderung (RG. 52 191). Der Beginn des „Gewerbes“ ist nach dem Sprachgebrauch des HGB. zu unterscheiden von dem Beginn eines „Geschäfts“ (§ 39 Anm. IIa 2), aber gleichbedeutend mit „Beginnen der Geschäfte“ (§ 123 Anm. IIIb).

c. **Aufhören** des Gewerbebetriebs. Vgl. § 22 Anm. Ib 2. Der Gewerbebetrieb hört auf durch vollständige Einstellung der hierauf gerichteten Tätigkeit. So z. B. durch Konkurseröffnung (RG. **13** 152, Staub Anm. 24; abweichend ROH. **19** 38, Düringer-Hachenburg Anm. XV); betreibt der Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung ein Handelsgewerbe, so wird er sogleich wieder Kaufmann (§ 39 Anm. IIa 1). Der Gewerbebetrieb endet nicht bereits durch Liquidation (ROH. 22 329, 23 144, Düringer-Hachenburg Anm. XV, Staub Anm. 24; dagegen Simon, Bilanzen § 120; vgl. ROH. **13** 225), sondern erst durch Vollbeendigung der Liquidation. Die gewerbliche Tätigkeit besteht dauernd sowohl im Unternehmen neuer, wie im Liquidieren früherer Abschlüsse; auch das Liquidieren soll Gewinn bringen. Eine Liquidation ist ebenso „dauernde Gewinnquelle“ (Merkmal des Gewerbebetriebes) wie andere von vornherein zeitlich beschränkte Betriebe, z. B. ein nur für die Zeit einer Ausstellung gegründetes Unternehmen. Auch wäre die gegenteilige Ansicht nicht durchführbar für den Fall des Einzelkaufmanns, wo der bestimmte Einschnitt des Eintretens der Liquidation fehlt. Eine zwecks Erwerbs und Liquidierung eines fremden Handelsgeschäfts eingegangene Gesellschaft unternimmt daher einen Gewerbebetrieb und kann mithin offene Handelsgesellschaft sein (ROH. **3** 367; dagegen RG. 11 I 02 HoldheimsMSchr. 138). — Ist das Erlöschen einer Firma nicht eingetragen oder nicht bekannt gemacht, so kann nach § 15 derjenige, in dessen Angelegenheiten jene Tatsache einzutragen war, das Erlöschen der Firma, und mithin z. B. das Aufhören der Kaufmannseigenschaft des Betreibenden oder die Vollbeendigung der Gesellschaft, einem Dritten nicht entgegensetzen, außer wenn diesem die Tatsache bekannt war; nicht dagegen § 5 schließt den Einwand aus, daß ein Gewerbe nicht mehr bestehe (§ 5 Anm. IIc 1). Über sonstige Rechtsverhältnisse bei Nichtlöschung der Firma trotz Aufhörens des Gewerbebetriebs vgl. § 17 Anm. IIa, § 30 Anm. IIa, § 31 Anm. IIIb.

III. **Handels**gewerbe.

a. **Begriff.** Die §§ 1—4, 6, 7 bestimmen, unter welchen Umständen ein Gewerbebetrieb „Handelsgewerbe“ ist, der § 5 und für weitere Fälle der § 15 schreiben vor, unter welchen Umständen trotz Nichtbestehens eines Handelsgewerbes der Einwand des Nichtbestehens nicht erhoben werden kann. Die Worte „als Handelsgewerbe gilt“ in § 1 und § 2 haben keine andere Bedeutung als „Handelsgewerbe ist“. — Trotzdem die Versicherung auf Gegenseitigkeit kein Handelsgewerbe ist (unten Anm. XI), sind nach PrivVUntG. §§ 16, 53 die in betreff der Kaufleute (also auch die in betreff des Handelsgewerbes) im ersten und dritten Buch des HGB. gegebenen Vorschriften mit Ausnahme der §§ 1—7 entsprechend anwendbar auf die größeren Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, soweit das PrivVUntG. nichts anderes bestimmt.

b. **Handelsgewerbe vermöge Betriebs von Handelsgrundgeschäften.** Dies ist der in § 1 Abs. 2 behandelte Fall eines Handelsgewerbes. Um Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 zu sein, muß der Gewerbebetrieb die dort bezeichneten Arten von Geschäften „zum Gegenstande“ haben. Nicht genügt, daß die Handelsgrundgeschäfte nur vereinzelt oder ausnahmsweise oder nur (§ 4 Anm. IIb 5, vgl. RGSt. **35** 347) als nebensächliche Vorbereitungs- oder Ergänzungsgeschäfte für die eigentliche Gewerbetätigkeit abgeschlossen werden. Sehr weit in der Verneinung eines Handelsgewerbes geht RGSt. 21 209, dessen Ausführungen indessen wegen Änderung der Fassung des § 4 nicht unmittelbar anwendbar sind. — Andererseits kann nicht verlangt werden, daß ausschließlich oder wenigstens zum überwiegenden Teil (als Hauptberuf) Handelsgrundgeschäfte bei dem Gewerbebetrieb abgeschlossen werden (RGSt. 8 148). Es genügt, daß Handelsgrundgeschäfte unter anderen Geschäften einen regelmäßigen Teil des Gewerbebetriebes bilden mit allen Merkmalen des letzteren, namentlich also auch mit der auf Erzielung eines Gewinns durch die Handelsgrundgeschäfte gerichteten Absicht. Häufig kommt namentlich die Verbindung von Werk-

verträgen und Warenumsatzgeschäften in einem einheitlichen Gewerbebetrieb vor, z. B. im Handwerksbetrieb wenn der Handwerker bei einem Teil der erhaltenen Bestellungen den Stoff zur Herstellung des Werkes für eigene Rechnung beschafft und bei anderen, die über den Umfang des handwerksmäßigen Betriebes nicht hinausgehen, nur fremden Stoff verarbeitet. In solchen Fällen ist in der Regel der ganze Gewerbebetrieb, in Übereinstimmung mit der früheren (auf anderer Fassung des Gesetzes aufgebauten) Rechtsprechung, wenn auch im Gegensatz zum gewöhnlichen Sprachgebrauch, als Handelsgewerbe anzusehen. Ob als vollkaufmännisches, ist abhängig davon, ob der nichthandwerksmäßige Teil des Gewerbebetriebes über den Umfang des Kleingewerbes hinausreicht (§ 4 Anm. III a). Welche Arten handwerksmäßiger Betriebe hiernach als Handelsgewerbe und welche Arten von Handwerkern somit als Kaufleute zu erachten sind, vgl. unten Anm. IV f. — Über den Fall mehrerer getrennter Betriebe derselben Person, wenn nicht alle diese Betriebe handelsgewerbliche sind, vgl. unten Anm. IV b.

B. Kaufmann.

IV. **Begriff.** Nach § 1 Abs. 1 ist Kaufmann „im Sinne dieses Gesetzbuchs wer ein Handelsgewerbe betreibt". Ferner ist Kaufmann eine AG., KAG., GmbH. oder Gen., auch wenn der Gegenstand des Betriebes kein Handelsgewerbe ist (unten zu c). Nach §§ 5, 15 kann außerdem unter Umständen jemand gegenüber bestimmten Personen als Kaufmann gelten, ohne es zu sein.

a. **„Im Sinne dieses Gesetzbuchs"** ist der Begriff in § 1 Abs. 1 bestimmt. Indessen ist der gleiche Begriff für maßgebend zu erachten auch bei Anwendung der gleichzeitig mit dem HGB. in Kraft getretenen Gesetze, z. B. der Vorschrift des BGB. § 196 Ziff. 1 über kurze Verjährung (dagegen Lehmann Nr. 1) und gemäß Art. 3 EGHGB. (dagegen Goldmann Vorbem. II zu § 1) auch bei Anwendung älterer Gesetze, in denen die Bezeichnung „Kaufmann" auf die Begriffsbestimmung des ADH. zurückverwies. Das GVG. § 101 Nr. 1 nennt ausdrücklich den „Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs". Dagegen umfaßt z. B. in GVG. § 113 (neue Fassung G. 20 III 05) das Wort „Kaufmann" jedenfalls den offenen Handelsgesellschafter und den persönlich haftenden Gesellschafter der KAG., selbst wenn man (unten Anm. IV d 3) für das HGB. das Gegenteil annehmen sollte.

b. **„Wer** betreibt" ist einschränkend auszulegen als „**insoweit** er betreibt". (ROH. **11 343**; D. 13: „erlangt für das Nebengewerbe die Eigenschaft eines Kaufmanns"). — Vom streng logischen Standpunkt aus könnte man allerdings sagen: Eine Person kann Kaufmann sein vermöge bestimmter Handlungen und außerdem etwas anderes vermöge bestimmter anderer Handlungen; man kann die Handlungen in bestimmte Gebiete trennen und jedes Gebiet bestimmten Regeln unterwerfen, die Person läßt sich nicht teilen; die Trennung der Handlungen in bestimmte Gebiete ist in §§ 343 ff. erfolgt; der Versuch, den Begriff des Kaufmanns dahin zu beschränken, daß jemand Kaufmann nur insoweit sei, als er ein Handelsgewerbe betreibe, beruht auf einem Hineintragen jener Unterscheidung bezüglich der Handlungen in den Begriff des Kaufmanns. — Dieser streng logische Standpunkt entspricht indessen nicht dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, in dem es als ungehörig empfunden wird, wenn bezüglich einer Person, die gleichzeitig mehrere Berufe hat, die Bezeichnung eines dieser Berufe und zumal eines Nebenberufes, angewendet wird auch bei Angelegenheiten, die mit diesem Beruf nichts zu tun haben, wenn z. B. ein Landwirt, der ein kaufmännisches Nebengewerbe hat, auch in seinen landwirtschaftlichen Geschäften als Kaufmann, oder wenn ein Kaufmann, der zugleich Reserveoffizier ist, auch in nicht militärischen Angelegenheiten als Reserveoffizier bezeichnet würde. Das Handelsgesetzbuch hat sich diesem gewöhnlichen Sprachgebrauch angeschlossen (vgl. den früheren Art. 5 Abs. 2: „in den Grenzen ihres Handelsbetriebes"); wo es allgemein von Pflichten „des Kaufmanns" spricht, sind in der Regel nur die Pflichten für den Kreis seines kaufmännischen Betriebes gemeint. — Zutreffend für den Sprachgebrauch des Handelsgesetzbuchs wäre daher, wenn man den offenen Handelsgesellschafter überhaupt als Kaufmann erachtet (dagegen unten Anm. IV d 3), die Behauptung, der offene

Handelsgesellschafter, der nur durch die Handelsgesellschaft ein Gewerbe betreibt, sei „Kaufmann aber nicht Einzelkaufmann" (Thöl § 38, ROH. 16 380; dahingestellt ROH. 14 210, RG. 18 49). Der offene Handelsgesellschafter, der nicht noch außerdem ein Handelsgewerbe betreibt, ist daher höchstens in bezug auf seine Teilhaberschaft an der Handelsgesellschaft zur Buchführung verpflichtet (RGSt. 31 348). Der Staat und andere öffentliche Körperschaften, die ein Handelsgewerbe betreiben, sind nicht in jeder Beziehung, sondern nur in Ansehung dieses handelsgewerblichen Betriebes Kaufleute (Bolze 23 Nr. 310). — Doch wird zwischen kaufmännischem und nichtkaufmännischem Betrieb nur unterschieden wo ersterer von letzterem getrennt ist; kommen dagegen innerhalb desselben Betriebes handelsgewerbliche und nichthandelsgewerbliche Geschäfte vor, z. B. Warenumsatzgeschäfte und nicht über den handwerksmäßigen Betrieb hinausgehende Bearbeitungsgeschäfte, so ist der ganze Betrieb ein handelsgewerblicher (oben Anm. III b) und mithin der Gewerbetreibende bezüglich des ganzen Betriebes Kaufmann. Eine offene Handelsgesellschaft, die neben ihrem Handelsgewerbe Nichthandelsgeschäfte betreibt, bleibt auch in Ansehung der letzteren offene Handelsgesellschaft (§ 105 Anm. II c), ist aber insoweit nicht Kaufmann. — Ob der Kaufmann auch in Ansehung seiner nichtkaufmännischen Tätigkeit und des nicht betriebszugehörigen Vermögens zur Buchführung verpflichtet ist, vgl. § 38 Anm. I a 2. Ob der Vollkaufmann, der gleichzeitig auch ein minderkaufmännisches Geschäft führt, auch für letzteres die Pflichten eines Vollkaufmanns erfüllen muß, vgl. § 4 Anm. I b. — Daß Kaufmann nicht nur ist, wer im Hauptberuf ein Handelsgewerbe betreibt, vgl. oben Anm. III b.

c. **„Ein Handelsgewerbe"** (oben Anm. III a) muß Gegenstand (oben zu b) des Betriebes sein. Indessen ist diese Begrenzung verlassen für die Fälle der Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Genossenschaft. Diese Gesellschaften gelten als Kaufleute bzw. als Handelsgesellschaften (so daß also die für Kaufleute gegebenen Vorschriften auf sie Anwendung finden, § 6 Abs. 1) selbst dann, wenn sie kein Handelsgewerbe und sogar wenn sie überhaupt kein Gewerbe betreiben (§ 6 Anm. III).

d. **„Betreibt".**

1. Im Rechtssinn betreibt, in wessen Namen betrieben wird (RG. 13 146). Sowohl wer selbst in eigenem Namen den Betrieb leitet, wie auch, in wessen Namen von einem anderen der Betrieb geleitet wird. In diesem Rechtssinn, nicht im Sinn einer persönlichen Tätigkeit des Geschäftsinhabers ist „betreibt" in § 1 Abs. 1 verstanden. Betrieben wird im Namen desjenigen, für den als Geschäftsinhaber nach außen aufgetreten wird, gleichgültig, ob die Firma auf denselben oder einen anderen Namen lautet. Kein Betreiben ist ein eigenes Handeln durch einen Geschäftsunfähigen oder durch einen der erforderlichen Genehmigung entbehrenden beschränkt Geschäftsfähigen. Daß derjenige, in dessen Namen betrieben wird, Kaufmann ist, gilt auch dann, wenn der Betrieb in keinem Sinn für seine Rechnung geht (dagegen RG. 8 VI 03 HoldheimsMSchr. 04 49); wer zuläßt, daß in seinem Namen ein anderer ein Handelsgewerbe leitet, der betreibt dies Handelsgewerbe und haftet dem Dritten, auch wenn er im inneren Verhältnis zu dem anderen gar nicht an dem Gewerbe beteiligt ist (RG. 19 197, 37 61; ob er seinen Namen als Firma anmelden darf, vgl. § 18 Anm. III a), wenn er z. B. den Ertrag des Unternehmens ganz oder teilweise an andere auskehren muß, und andere ihm für Fehlbeträge einstehen (RG. 26 X 03 KGJ. 26 A 214). Die Haftung entspringt nicht aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung, was nur eine Schadensersatzforderung zur Folge hätte, sondern aus dem vom Vertreter abgeschlossenen Vertrag und der Zustimmung des Vertretenen, sich vertreten zu lassen (RG. 19 197). Entsprechend bei dem Betreiben eines Gewerbes unter einer Firma, die den Vertretenen als Mitgesellschafter erscheinen läßt (vgl. § 123 Anm. IV). Umgekehrt ist nicht Kaufmann wer mit Zustimmung eines anderen unter dessen Namen, wenngleich für eigene Rechnung das Handelsgewerbe leitet (vgl. § 182 Anm. II c; dagegen RGSt. 25 121); dagegen ist er Kaufmann, wenn der andere dem Gebrauchen seines Namens nicht zugestimmt hat, vielmehr dieser Name nur zum Schein gebraucht wird, und zwar auch dann, wenn dieser Name im Handelsregister eingetragen worden ist. Die erwähnten abweichenden Entscheidungen des Reichsgerichts wären nur auf-

rechtzuhalten, falls man als maßgebend nicht erachten wollte, in wessen Namen, sondern für wessen Rechnung betrieben wird. Unerheblich ist, ob derjenige, der in eigenem Namen betreibt, Eigentümer der Betriebsmittel und Betriebsanlagen ist (KG. 26 X 03 KGJ. **26** A 214). Ebenso, ob er wirtschaftlich mehr oder weniger unselbständig ist, ob er z. B. verpflichtet ist, alle Waren von einem bestimmten anderen Kaufmann zu beziehen und diesem alle über einen bestimmten Betrag hinausgehenden Überschüsse abzuliefern (ObLG. München 4 X 01 EntschFG. 2 234 KGJ. **23** D 16 OLGRspr. **3** 406).

2. Kaufmann ist der Geschäftsunfähige, der beschränkt Geschäftsfähige, die Körperschaft, der rechtsfähige Verein, die Handelsgesellschaft, in deren Namen ein Handelsgewerbe betrieben wird. Kaufmann ist auch eine Körperschaft öffentlichen Rechts, die ein Handelsgewerbe betreibt (§§ 36, 42), so der Staat (P. 540, 1260), z. B. als Beförderer von Gütern und Personen im Eisenbahn- und Postbetrieb (ROH. **3** 405, **12** 314, **15** 35, **17** 127, **23** 11, RG. **20** 122, Bolze **23** Nr. 305), als Unternehmer von Banken, Schiffahrtsbetrieben, Fabriken (D. 42), als Lagerhalter (OLG. Hamburg 2 VI 04 OLGRspr. **9** 241), als Darbieter eines Kanals zur Benutzung gegen Entgelt mit der Absicht einer Gewinnerzielung (vgl. RG. **39** 184), eine Gemeinde als Unternehmerin von Straßenbahnen, Gasanstalten usw. (D. 42, KGJ. **12** 18). Nach ausdrücklicher, neu aufgenommener Bestimmung (§ 452) gelten jedoch die Postverwaltungen des Reichs und der deutschen Bundesstaaten nicht als Kaufleute im Sinn des HGB. Die Reichsbank ist Kaufmann (RG. **54** 332, vgl. Bankgesetz § 66); ob sie AG., vgl. § 178 Anm. I a. Vereinigen sich mehrere öffentliche Körperschaften zu gemeinsamem Betrieb eines Handelsgewerbes, so ist diese Vereinigung eine Handelsgesellschaft, wenn die sonstigen Merkmale einer der Handelsgesellschaftsformen vorliegen (bezweifelt RG. **52** 148 bezüglich der Preußisch-Hessischen Eisenbahngemeinschaft). Unter welchen Umständen bei öffentlichen Körperschaften das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht vorhanden ist, vgl. oben Anm. II a 1. Die öffentliche Körperschaft ist Kaufmann nur in Ansehung des einzelnen Betriebes, der ein Handelsgewerbe enthält (oben Anm. IV b).

3. Nicht Kaufmann dagegen ist der in einem Handelsgewerbe Angestellte als solcher (RG. **44** 61, RG. 2 VII 02 JW. 424[29]). Nicht das Vorstandsmitglied oder der Geschäftsführer einer Gesellschaft. Nicht der stille Gesellschafter (P. 888). Nicht das Mitglied einer Gesellschaft mit juristischer Persönlichkeit. Mithin (§ 320 Anm. II) auch nicht der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditaktiengesellschaft (ebenso Staub § 320 Anm. 11, Lehmann Nr. 13; dagegen Düringer-Hachenburg III d, Goldmann A Anm. 2 I).

Zweifelhaft ist, ob der Gesellschafter einer in erheblichen Beziehungen selbständig rechtsfähigen Gesellschaft zur gesamten Hand, wie die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, Kaufmann ist. Das HGB. setzt die Verneinung voraus, denn in § 236 ist neben dem „Betreiben eines Handelsgewerbes" noch besonders die „Teilnahme an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter" aufgeführt, letzteres also nicht als in ersterem enthaltend angesehen. Der § 60 kann nicht für das Gegenteil angeführt werden, denn zwar ist in § 60 unter „Betreiben eines Handelsgewerbes" das Betreiben als persönlich haftender Gesellschafter einer Handelsgesellschaft einbegriffen (ebenso in den Bestimmungen des BGB. über das Betreiben eines Erwerbsgeschäfts durch die Ehefrau; unten Anm. VII b 4); indessen bleibt offen, ob in der Teilnahme an einer Handelsgesellschaft ein Betreiben in eigenem oder ob in fremdem Namen liegt. Nach herrschender Meinung ist der offene Handelsgesellschafter Kaufmann (ROH. **14** 210, RG. **55** 126, Hahn [4] Art. 4 § 5 im Gegensatz zu seiner ersten Auflage, Staub Anm. 8, Düringer-Hachenburg III d, Lehmann Nr. 13, Goldmann A Anm. 2 I), der Kommanditist der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft nicht Kaufmann (P. 1259, Staub Anm. 8, Düringer-Hachenburg III c, Goldmann A Anm. 2 I; dagegen Lehmann Nr. 13); doch ist es keinesfalls angängig, beides verschieden zu entscheiden, denn die Begriffsbestimmung des § 1 Abs. 1 knüpft die Eigenschaft als Kaufmann weder an die unbeschränkte Haftung (so Staub), noch an die

Zulässigkeit der Aufnahme des Namens in die Firma (so Düringer-Hachenburg und Goldmann). Geht man von der Ansicht aus, daß es gedanklich ein Unding ist, die Summe der Gesamthandgesellschafter in Ansehung der Gesellschaftsangelegenheiten als gleichbedeutend zu behandeln mit einer in erheblichen Beziehungen selbständig rechtsfähigen Art der Gesamthandgesellschaft (§ 105 Anm. I c 2), so wird weder der offene Handelsgesellschafter als solcher noch der Kommanditist als solcher als Kaufmann zu erachten sein. Legt man dagegen die herrschende Meinung zugrunde, wonach der offene Handelsgesellschafter Kaufmann ist, so muß dies auch von dem nichtvertretungsermächtigten und nichtgeschäftsführungsbefugten Gesellschafter, und auch von dem Kommanditisten der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft gelten, von allen Gesellschaftern jedoch nur (oben Anm. IV b), insoweit sie durch die Gesellschaft betreiben, an sich nicht auch in ihren sonstigen Rechtsbeziehungen.

Wird namens eines nichtrechtsfähigen Vereins, einer gemeinbürgerlichen Gesellschaft oder einer Erbengemeinschaft ein Handelsgewerbe betrieben, so sind diese Gebilde nicht Kaufmann (so bezüglich des nichtrechtsfähigen Vereins KG. 2 VII 00 OLGRspr. 1 357). Vielmehr sind Kaufleute in Ansehung dieses gemeinschaftlichen Betriebes (Anm. IV b) die Vereinsmitglieder, Gesellschafter, bzw. Miterben. Über die Eintragungsfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins vgl. § 33 Anm. II, der Erbengemeinschaft vgl. § 105 Anm. I d 2.

e. **Von sonstigen Merkmalen ist die Kaufmannseigenschaft nicht abhängig.** Nicht allgemein (vgl. jedoch § 1 Abs. 2, 9, § 2) von einem erheblicheren Umfang des Betriebes: auch die Minderkaufleute (§ 4) sind Kaufleute; nur daß einzelne Vorschriften des HGB. auf sie nicht Anwendung finden. Nicht von einem Beitritt zu einer etwa vorhandenen kaufmännischen Körperschaft (KB. d. preuß. Herrenhauses 1861 S. 5). Nicht davon, daß der Gegenstand des Unternehmens sich auf bewegliche, nicht selbstgewonnene Sachen beschränkt; Kaufleute sind, wenn die Voraussetzungen des § 2 vorliegen, eingetragene Unternehmer, welche nur selbstgewonnene Rohstoffe verarbeiten, z. B. in Ziegeleien, Rübenzuckerfabriken, oder welche die selbstgewonnenen Rohstoffe unbearbeitet, z. B. im Betrieb von Bergbau, Brüchen, Salinen, veräußern (D. 6), ferner die Besitzer kaufmännischer Auskunfteien, größerer Leihbüchereien, die Bauunternehmer (D. 6) und Händler mit unbeweglichen Sachen (D. 6, KG. 9 XI 03 KGJ. 26 A 209). Die Kaufmannseigenschaft ist ferner damit vereinbar, daß eine öffentlichrechtliche Pflicht zur Ausübung des Gewerbes besteht; auch der Apotheker ist mithin Kaufmann (KGJ. 3 10, RGSt. 24 426, RG. 26 III 95 JW. 228[20]; vgl. oben Anm. II a 1). Öffentlichrechtliche Verbote oder Beschränkungen des Gewerbebetriebes schließen die Kaufmannseigenschaft des jenen Verboten Zuwiderhandelnden nicht aus (§ 7). Dasselbe muß aber auch von privatrechtlichen Verboten gelten (dagegen Staub Anm. 12), Kaufmann ist daher der gewerbsmäßige Wucherer, der gewerbsmäßige Börsen-Terminhändler in Getreide. Nicht etwa kann man sagen (so Staub a. a. O., Lehmann § 7 Nr. 4), daß überhaupt kein Gewerbe vorliege, wenn sämtliche Rechtsgeschäfte wegen bestehenden Verbots nichtig sind; denn eine solche Begründung würde nicht nur das privatrechtlich verbotene Gewerbe, sondern auch das öffentlichrechtlich verbotene Gewerbe treffen, für das letztere ist aber diese Folgerung ausdrücklich durch § 7 ausgeschlossen.

f. **Die einzelnen Berufe.** Aus der bisherigen Rechtsprechung und dem KB. ist hervorzuheben:

Apotheker ist Kaufmann (oben Anm. II a 1, IV e). Ob Apothekergehilfen Handlungsgehilfen sind, vgl. § 59 Anm. I c.

Architekt. Vgl. § 1 Anm. II a 4.

Arzt ist nicht Kaufmann, außer soweit er in einer Anstalt zwecks Gewinnerzielung Gast- oder Speisewirtschaft betreibt (oben Anm. II a 4).

Bäcker ist Kaufmann, wenn er Mehl zum Verbacken und Veräußern der Backwaren ankauft (ROH. 4 240); doch ist er in der Regel Minderkaufmann (RGSt. 24 356).

Bauhandwerker, Bauunternehmer vgl. unten Anm. IX d 3.

Beamter ist nicht Kaufmann (oben Anm. II a 4).

Buchbinder ist Kaufmann z. B., wenn er nebenbei mit fertiger Ware handelt (KB. 3).
Brauer ist Kaufmann (ROH. 12 97), aber unter Umständen Minderkaufmann (OLG. München 16 I 03 OLGRspr. 6 234; unten Anm. X d).
Brenner kann Handwerker sein (unten Anm. X d).
Drucker vgl. unten Anm. XVII.
Fleischer ist Kaufmann, da er Vieh einkauft zur Weiterveräußerung in bearbeitetem oder verarbeitetem Zustand als Fleisch und Wurst. In der Regel ist er nur Handwerker und daher Minderkaufmann (KGJ. 9 14, 27 A 61, RGSt. 31 178). Geht jedoch der betreffende Betrieb nicht nur nach seinem Umfang, sondern auch nach seiner Art über den handwerksmäßigen hinaus, so ist er Vollkaufmann nach § 1 Nr. 2 (unten Anm. X d 1 β), nicht (was KG. 10 XII 00 KGJ. 21 A 71, 9 XI 03 KGJ. 27 A 63 OLGRspr. 8 94 annimmt) nach § 2 (§ 2 Anm. I c 3 α).
Frisör ist Kaufmann z. B., wenn er nebenbei mit fertiger Ware handelt (KB. 3).
Gärtner. Vgl. § 3 Anm. II a 3 β. Soweit er nur züchtet, ist er nicht Kaufmann (Anm. IX a 2, OLG. Hamburg 11 X 04 OLGRspr. 10 341).
Gastwirt s. Wirt.
Geistlicher ist nicht Kaufmann (oben Anm. II a 4).
Gepäckträger. Vgl. § 458 Anm. III c.
Gerber ist Kaufmann, jedoch in der Regel Minderkaufmann (ROH. 2 443).
Lehrer als Inhaber eines Pensionats. Vgl. oben Anm. II a 4.
Installatör ist Kaufmann z. B., wenn er nebenbei mit fertiger Ware handelt (KB. 3). Ob schon dann, wenn er die anzubringenden Gegenstände liefert, vgl. unten Anm. IX d 3.
Konditor ist Kaufmann z. B., wenn er nebenbei mit fertiger Ware handelt (KB. 3).
Kutscher. Vgl. unten Anm. XIII d.
Lotteriekollektör ist Kaufmann (ROH. 23 214).
Maler. Sein Gewerbebetrieb fällt nie unter § 1 Ziff. 1, jedoch unter Umständen unter § 1 Ziff. 2 (RGSt. 28 60; vgl. unten Anm. IX b).
Maurermeister ist Kaufmann (ROH. 19 251; dagegen RG. 23 X 01 JW. 844 [27]; vgl. unten Anm. IX d 3), wenn er in eigenem Namen den Stoff, mit dem er seine Bauten für andere ausführt, beschafft.
Müller, der Getreide zwecks Verarbeitung und Weiterveräußerung des Mehles ankauft, ist Kaufmann (ROH. 11 241).
Patentanwalt. Vgl. oben Anm. II a 4.
Pfandleiher. Vgl. unten Anm. XII b 4.
Rechtsanwalt ist nicht Kaufmann (oben Anm. II a 4).
Restaurateur s. Wirt.
Rollfuhrunternehmer. Vgl. § 458 Anm. III d.
Schankwirt s. Wirt.
Schlosser ist Kaufmann, wenn er auf Vorrat arbeitet (RG. 4 X 00 JW. 754 [22]) ob anders, wenn der Vorrat nur zwecks Verwendung in Bauten gefertigt, vgl. unten Anm. IX d 3.
Schmied ist nicht notwendig Kaufmann, weder nach § 1 noch nach § 2 (RG. 51 123).
Schneider. Kaufmann, wenngleich nicht notwendig Vollkaufmann (RGSt. 21 211), ist der Schneider, der außer den erforderlichen Zutaten auch sonstige Rohstoffe für eigene Rechnung auf Vorrat anschafft, nicht auch der Lohnschneider, selbst wenn er Zutaten (z. B. Futter und Knöpfe) selbst anschafft (ROH. 7 240). Ersterer aber auch dann, wenn er die Rohstoffe nicht in größerem Maßstab ankauft, als das Bedürfnis seiner Handwerkskunden es erfordert (dagegen RGSt. 24 81).
Speisewirt s. Wirt.
Tischler ist Kaufmann, wenn er Holz auf Vorrat anschafft. Auch dann, wenn die Anschaffungen wenig umfangreich sind (RG. 20 127).
Töpfer, der Kacheln kauft, um sie, in Bauten zu Öfen verarbeitet, weiter zu ver-

äußern, ist Kaufmann (RG. 23 X 01 JW. 844 [27]). Ein solcher Betrieb kann unter Umständen sogar ein vollkaufmännischer sein (RG. 57 386).

Uhrmacher, wenn er Uhren ankauft und weiterveräußert, ist insoweit Kaufmann (RGSt. 8 148). Gehen diese Umsätze nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinaus, so ist er nach neuem Recht Minderkaufmann (gegenteilig nach altem Recht: RGSt. 8 148).

Wegebauer. Vgl. unten Anm. IX d 3.

Wirt. Kaufmann ist der Schank- oder Speisewirt, der seinen Gästen Getränke oder Speisen verabfolgt, auch wenn kein Verkauf über die Straße stattfindet (Str. 66 286, RG. 47 227, RG. 20 VI 99 JW. 494 [32], Bolze 9 Nr. 232, KG. 13 V 01 EntschJG. 2 132, 19 I 03 OLGRspr. 6 466). Der Gastwirt als Zimmervermieter betreibt kein Handelsgrundgeschäft, ist jedoch auch in Ansehung der Gastwirtschaft (oben Anm. IV b) Kaufmann, wenn er in demselben Betrieb gleichzeitig Schank- oder Speisewirtschaft betreibt, oder wenn er, weil sein Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, in das Handelsregister eingetragen ist (§ 2).

V. **Verhältnis der Kaufmannseigenschaft zum Eintragungszwang.** Wer weder ein Handelsgrundgewerbe betreibt noch in das Handelsregister eingetragen ist, kann nicht Kaufmann sein (D. 8). Die Eintragung allein bewirkt nicht den Erwerb der Kaufmannseigenschaft (§ 5 Anm. II b), hat aber unter Umständen in gewisser Hinsicht ähnliche Wirkungen (§§ 5, 15). Nur wer als Kaufmann, als Vorstandsmitglied einer AG., als Geschäftsführer einer GmbH., oder als Vorstand einer sonstigen juristischen Person in das Handelsregister eingetragen ist oder war, ist ernennbar zum Amt eines Handelsrichters (§ 113 GVG. Fassung 20 III 05). Die Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes 16 V 94 finden nach dessen § 8 keine Anwendung, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist. Die Abs. 1 und 2 Art. 4 des Wuchergesetzes 19 VI 93 finden nach Abs. 3 Ziff. 3 a. a. O. keine Anwendung auf den Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten, deren Firma in das Handelsregister eingetragen ist. — Zu unterscheiden sind:

a. **Kaufleute kraft gewerblichen Betriebs** von Handelsgrundgeschäften (§ 1 Abs. 2). Sie sind Kaufleute, auch wenn nicht eingetragen („**Mußkaufleute**"), außer wenn im Einzelfall das Handelsgrundgewerbe nur Nebengewerbe eines damit verbundenen land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes ist (§ 3).

b. **Kaufleute kraft Eintragung,** wenn letztere zu gewissem Betriebsinhalt oder gewisser Betriebsart hinzukommt. Unter letzteren wiederum sind zu unterscheiden:

1. Die zur Eintragung Verpflichteten („**Sollkaufleute**"). Dies sind die Unternehmer eines Gewerbes, das, ohne Handelsgrundgewerbe zu sein, einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2), mit Ausnahme des Reichs, der Bundesstaaten und der inländischen Kommunalverbände (§ 36).

2. Die zur Eintragung Berechtigten („**Kannkaufleute**"). Dies sind das Reich, die Bundesstaaten und die inländischen Kommunalverbände als Unternehmer eines Gewerbes, das, ohne Handelsgrundgewerbe zu sein, einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 36), und ferner die Unternehmer eines mit dem Betrieb der Land- oder Forstwirtschaft verbundenen Nebengewerbes, das entweder Handelsgrundgewerbe ist oder einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 3).

c. **Kaufleute kraft bestimmter Vereinigungsform** („**Formkaufleute**"). Über sie vgl. § 6 Anm. III.

VI. **Geschäftsunfähiger und beschränkt geschäftsfähiger Kaufmann.** Vgl. Frankenburger in HoldheimsMSchr. 99 91.

a. **Eigene** Handlungen des Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen. Geschäftsunfähige (Minderjährige bis 7 Jahr, anhaltend Geistesgestörte, wegen Geisteskrankheit Entmündigte, BGB. § 104) können durch eigene Vornahme von Rechts-

geschäften kein Handelsgewerbe betreiben (vgl. RG. 51 288). Dagegen können sie durch einen in ihrem Namen handelnden Vertreter ein Handelsgewerbe betreiben (oben Anm. IV d 1) und mithin Kaufmann sein. Beschränkt Geschäftsfähige (Minderjährige über 7 Jahr, wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte, nach BGB. § 1906 unter vorläufige Vormundschaft Gestellte, BGB. §§ 106, 114) bedürfen zu Willenserklärungen, durch die sie nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen, der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters, des Gewaltinhabers bzw. des Vormundes. Eine Reihe solcher mit jedesmaliger Einwilligung des Vertreters erfolgender Rechtsgeschäfte kann den Betrieb eines Handelsgewerbes enthalten. Der Vertreter kann die Einwilligung aber auch allgemein erteilen. Hierüber bestimmt BGB. § 112:

„Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Die Ermächtigung kann von dem Vertreter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurückgenommen werden."

Führt ein beschränkt Geschäftsfähiger ohne die für jedes einzelne Geschäft oder allgemein erteilte Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters ein Erwerbsgeschäft, so wird er hierdurch nicht Kaufmann (RGSt. 26 94, 36 357).

b. **Des Vertreters** Handlungen. Der Vormund und der Gewaltinhaber bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unter anderem zu einem Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist sowie zu einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird (BGB. § 1822 Nr. 3, §§ 1643, 1686, 1897). Der Vertreter, der namens des Vertretenen einen solchen Vertrag abgeschlossen hat, ist dem Vertragsgegner nicht verpflichtet, das Seinige zur Herbeiführung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu tun (OLG. Cassel 10 X 04 OLGRspr. 10 11). Der Vormund und der Gewaltinhaber soll nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des beschränkt Geschäftsfähigen beginnen (BGB. §§ 1823, 1645, 1686, 1897), der Vormund auch ein bestehendes Erwerbsgeschäft des beschränkt Geschäftsfähigen nicht auflösen (BGB. §§ 1823, 1897). Der mehr als achtzehnjährige Mündel soll, soweit tunlich, vor Entscheidung über die einem Vormund zu erteilende Genehmigung gehört werden (BGB. §§ 1827 Abs. 2, 1897). Zur Fortführung eines dem beschränkt Geschäftsfähigen unentgeltlich erworbenen oder vor Eintritt der beschränkten Geschäftsfähigkeit gehörigen Geschäfts bedarf es keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Hat das Vormundschaftsgericht die Führung eines Erwerbsgeschäfts durch den gesetzlichen Vertreter genehmigt, so bedarf dieser dennoch für bestimmte Arten von Rechtsgeschäften der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Wenn zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erforderlich, kann jedoch das Vormundschaftsgericht zu bestimmten Arten der so seiner Genehmigung vorbehaltenen Rechtsgeschäfte dem Vormund und dem Gewaltinhaber die Ermächtigung allgemein erteilen (BGB. §§ 1825, 1643 Abs. 3, 1686, 1897). Da BGB. § 1645 nur eine Ordnungsvorschrift gibt („soll"), so darf das Registergericht die Eintragung der vom Vormund oder Gewalthaber angemeldeten Firma des im Namen des Mündels betriebenen Erwerbsgeschäfts nicht aus dem Grund ablehnen, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum Betrieb fehlt (KG. 6 VI 00 EntschFG. 1 105 KGJ. 20 A 163 OLGRspr. 1 287). Wird namens eines Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen ein Handelsgewerbe betrieben, so ist der so Vertretene als Geschäftsherr in das Handelsregister einzutragen (KG. 23 IX 01 EntschFG. 2 228 KGJ. 23 A 84). — Mit Rücksicht auf BGB. §§ 181, 1795 Abs. 2 darf ein Vertreter nicht mehrere Personen bei Abschluß eines Gesellschaftsvertrages unter diesen mehreren Personen vertreten (KG. 18 XI 01 EntschFG. 3 22 KGJ. 23 A 92 OLGRspr. 4 451). Ein Gesellschaftsvertrag liegt auch in der Vereinbarung über Fortsetzung der Gesellschaft unter Ausscheiden eines Gesellschafters (§ 138 Anm. II); daher können

bei einer solchen Vereinbarung gleichfalls nicht mehrere Gesellschafter von einer Person vertreten werden (KG. 13 V 01 KGJ. 22 A 104 OLGRspr. 3 20).

c. **Das erworbene Vermögen.** Was das gewaltunterworfene Kind durch seine Arbeit oder durch den ihm nach BGB. § 112 gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt, wird sein freies Vermögen (BGB. § 1651 Ziff. 1).

VII. **Kauffrau.** Vgl. Frankenburger in HoldheimsMSchr. 99 68, Zschimmer in ZHR. 52 485, Ullmann in JW. 02 49.

a. **Kaufmannseigenschaft.** Die Frau, die ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann. Dies gilt sowohl von der unverheirateten, wie auch von der verheirateten Frau. Von der letzteren, da sie selbständig verpflichtungsfähig bleibt (BGB. §§ 1399, 1412, 1441, 1460, 1526, 1532, 1549), auch dann, wenn sie ohne Zustimmung oder gegen den Widerspruch des Ehemanns das Handelsgewerbe betreibt (ebenso Zschimmer ZHR. 52 486). Der Handelsregisterrichter darf daher die Eintragung der Frau nicht von der Zustimmung des Ehemanns abhängig machen (Staub Allg. Einl. Anm. 67). Auch für das öffentliche Recht bestimmt GewO. § 11: „Das Geschlecht begründet in Beziehung auf die Befugnis zum selbständigen Betrieb eines Gewerbes keinen Unterschied“. Vom Börsenbesuch sind Personen weiblichen Geschlechts ausgeschlossen (BörsG. § 7 Nr. 1).

b. **Rechtsverhältnis der Kauffrau zu ihrem Ehemann.**

1. Ehemännliche Zustimmung zum Gewerbebetrieb. Weder das HGB. noch das BGB. enthält eine allgemeine Vorschrift darüber, ob die Ehefrau im Verhältnis zu ihrem Ehemann verpflichtet ist, dessen Zustimmung zu ihrem Gewerbebetrieb einzuholen. In Betracht kommt namentlich die Bestimmung des BGB. § 1354, wonach dem Mann die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zusteht (Abs. 1), die Frau jedoch nicht verpflichtet ist, dieser Entscheidung Folge zu leisten, wenn sie sich als Mißbrauch des Rechts des Ehemanns darstellt (Abs. 2). Die Frau bedarf daher grundsätzlich nicht der Zustimmung des Ehemanns zum Gewerbebetrieb. Doch darf der Ehemann dem Gewerbebetrieb der Frau widersprechen (D. 20). Dies Widerspruchsrecht ist aber ausgeschlossen, wenn der Gewerbebetrieb so beschaffen ist, daß er das gemeinschaftliche eheliche Leben (BGB. § 1354 Abs. 1) nicht berührt, wenn z. B. der Gewerbebetrieb so eingerichtet ist, daß dabei die Ehefrau von jeder persönlichen Tätigkeit frei ist, oder wenn kraft eines der Ehefrau zustehenden Rechts oder mit Willen des Ehemanns keine häusliche Gemeinschaft besteht. Ein Mißbrauch des ehemännlichen Rechts wird z. B. in der Regel in der Vorenthaltung der Zustimmung zu einem Gewerbebetrieb liegen, der zwar persönliche Tätigkeit der Ehefrau erfordert, zu dem sie sich aber mit Zustimmung des Ehemanns oder gemäß BGB. § 1358 Abs. 2 ergänzter Zustimmung des Vormundschaftsgerichts verpflichtet hatte. Ist im Einzelfall die Ehefrau im Verhältnis zum Ehemann verpflichtet, den Gewerbebetrieb zu unterlassen, so wird anzunehmen sein, daß der Ehemann hierauf auch klagen (KB. 11, Planck[3] § 1356 Anm. 4; dagegen Düringer-Hachenburg Einl. S. 7, Staub Allg. Einl. Anm. 89) kann. Denn bezüglich der Zulässigkeit einer Klage ist nirgend das Gegenteil bestimmt, vielmehr sogar ausdrücklich die weitergehende Klage auf das Tun der Herstellung des ehelichen Lebens zugelassen. Eine solche Klage auf Unterlassung ist aber nichts anderes als eine Klage aus BGB. § 1354 (RG. 59 32) und folgt daher den für letztere geltenden Regeln. Daher ist ein in diesem Verfahren ergehendes Urteil auf Unterlassung des Gewerbebetriebes nicht vollstreckbar (RG. 59 32), denn in dem Zwang auf Unterlassung des Gewerbebetriebes würde ein Zwang liegen, in gewisser Hinsicht das eheliche Leben herzustellen, ein solcher Zwang ist aber nach CPO. § 888 Abs. 2 unzulässig. — Der Ehemann kann eine Erklärung überhaupt unterlassen oder auch die Zustimmung ausdrücklich durch Einspruchserhebung gegen das Betreiben versagen oder endlich (außer soweit BGB. §§ 1358 Abs. 2, 1354 Abs. 2 eingreifen) eine etwa erteilte Zustimmung später mit Wirkung für die Zukunft zurücknehmen. Das Unterlassen einer Erklärung trotz Wissens des Ehemanns vom Geschäftsbetrieb der Ehefrau gilt als Einwilligung zum Geschäftsbetrieb (BGB. § 1405

Abs. 2), und zwar nicht nur im Verhältnis zu Dritten, sondern auch im Verhältnis zur Ehefrau (BGB. § 1405 Abs. 2, verglichen mit Abs. 3). Überhaupt braucht die Ehefrau keine ausdrückliche Erklärung des Ehemanns einzuholen, sondern darf zunächst das Gewerbe betreiben und abwarten, ob etwa der Ehemann Einspruch erhebt. — Das Einspruchsrecht des Ehemanns im erwähnten Umfang besteht auch, wenn schon vor Eingehung der Ehe die Ehefrau das Gewerbe betrieben hatte.

2. Ehemännliche Kündigung eines Rechtsverhältnisses, kraft dessen die Ehefrau einem Dritten zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet ist. Nach BGB. § 1358 kann während bestehender häuslicher Gemeinschaft der Ehemann, welcher jener Verpflichtung nicht zugestimmt hatte, auf seinen Antrag vom Vormundschaftsgericht ermächtigt werden, die fristlose Kündigung eines solchen Rechtsverhältnisses auszusprechen, wenn die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt. Kündigt er nach Ermächtigung, so wirkt dies sowohl gegenüber der Ehefrau wie auch gegenüber dem Dritten; Zustimmung der Ehefrau ist auch für die Wirksamkeit gegenüber dem Dritten nicht erforderlich (ebenso Staub Allg. Einl. Anm. 99; dagegen Düringer-Hachenburg Einl. S. 8), indessen kann die Ehefrau, da sie selbständig verpflichtungsfähig ist (oben zu a), durch Vertrag mit dem Dritten sofort für ihr Verhältnis zum Dritten die Folgen der Kündigung wieder aufheben. Kündigt der Ehemann ohne Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts, so ist die Kündigung wirkungslos (vgl. BGB. §§ 111, 182); auch nachträgliche Erteilung der Ermächtigung setzt die frühere Kündigung nicht in Kraft. Nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes ist Gegenstand der Kündigung das ganze Rechtsverhältnis, nicht etwa nur die Verpflichtung der Ehefrau zu persönlichen Leistungen (dagegen Staub Allg. Einl. Anm. 99). Als derartiges Rechtsverhältnis kann z. B. in Betracht kommen ein von der Ehefrau abgeschlossener Dienstvertrag, Werkvertrag, Agenturvertrag oder Gesellschaftsvertrag, wenn im Einzelfall damit eine Verpflichtung zu persönlicher Tätigkeit verknüpft ist (Mot. zu BGB. 4 111). Auf diesem Weg kann daher unter Umständen der Ehemann einem Gewerbebetrieb seiner Ehefrau oder ihrer Beteiligung an einem Gewerbebetrieb unmittelbar ein Ende bereiten.

3. Rechte der Ehegatten an dem nicht im Geschäftsbetrieb der Ehefrau erworbenen Teil ihres Geschäftsvermögens. Das Geschäftsvermögen der Ehefrau ist rechtlich nicht von ihrem sonstigen Vermögen abgegrenzt. Nimmt die Ehefrau, sei es bei Beginn ihres Gewerbebetriebes, sei es später, Gegenstände ihres Vermögens zur Benutzung oder sonstigen Verwendung in ihrem Gewerbebetrieb, so bleiben mithin die nach dem betreffenden Güterrecht an den einzelnen Gegenständen bestehenden Rechte des Ehemanns unverändert (Staub Allg. Einl. Anm. 72). Bei gesetzlichem Güterrecht werden daher mangels gegenteiligen Ehevertrages (BGB. § 1368) auch die Gegenstände, die zu einem von der Frau vor der Ehe betriebenen Geschäft gehören, außer soweit sie Arbeitsgeräte sind (BGB. § 1366), nicht Vorbehaltsgut (Staub a. a. O., Goldmann A Anm. 3, Zschimmer ZHR. 52 490; dagegen Düringer-Hachenburg Einl. S. 11, der das ganze Geschäftsvermögen als „Arbeitsgerät" behandeln will, OLG. Dresden 27 I 04 OLGRspr. 9 148, das gleichfalls das ganze Geschäftsvermögen als Vorbehaltsgut erachtet; dahingestellt RG. 59 29), sondern eingebrachtes Gut (BGB. § 1363). Jene Gegenstände, einschließlich der Arbeitsgeräte, werden bei allgemeiner Gütergemeinschaft Gesamtgut (BGB. § 1438), bei Errungenschaftsgemeinschaft eingebrachtes Gut (BGB. §§ 1520, 1526), bei Fahrnisgemeinschaft Gesamtgut soweit beweglich (BGB. § 1549), eingebrachtes Gut soweit unbeweglich (BGB. § 1551). An den einzelnen zum Geschäftsvermögen der Ehefrau gehörenden Gegenständen können daher verschiedene Rechte des Ehemanns bestehen.

4. Rechte der Ehegatten an dem im Geschäftsbetrieb der Ehefrau Erworbenen. Was die Frau durch den selbständigen Betrieb eines — gleichgültig, ob mit oder ohne Zustimmung ihres Ehemanns betriebenen — Erwerbsgeschäfts erwirbt, wird ihr Vorbehaltsgut bei gesetzlichem Güterrecht (BGB. § 1367); der Ehemann hat

keine Nutznießung an dem Erwerbsgeschäft der Ehefrau (RG. 29 IX 04 JW. 05 23[23]; dagegen OLG. Dresden 28 I 02 OLGRspr. 4 342, Zschimmer ZHR. 52 495). Das von der Frau so Erworbene wird Gesamtgut bei allgemeiner Gütergemeinschaft (BGB. § 1438), Errungenschaftsgemeinschaft (BGB. §§ 1519, 1524 Abs. 1 Satz 2, OLG. Karlsruhe 18 II 04 OLGRspr. 9 454) und Fahrnisgemeinschaft (BGB. §§ 1549, 1554), außer — falls zum Geschäftsvermögen Vorbehaltsgut gehört — insoweit der Erwerb erfolgt auf Grund eines zu diesem Vorbehaltsgut gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu diesem Vorbehaltsgut gehörenden Gegenstandes oder durch ein auf dieses Vorbehaltsgut bezügliches Rechtsgeschäft (BGB. §§ 1370, 1440 Abs. 2, 1526 Abs. 1, 1549). Vorbehaltsgut werden daher bei gesetzlichem Güterrecht nicht etwa nur der erzielte Reingewinn, sondern alle durch den Betrieb erworbenen Vermögensgegenstände, namentlich auch die Geschäftsforderungen (Staub Allg. Einl. Anm. 76). Unter dem „selbständigen Betrieb" ist in BGB. § 1367 — allerdings abweichend von BGB. § 112 — nichts anderes verstanden als unter „Betreiben" (oben Anm. IV d) im HGB., nämlich ein Betreiben im Namen der Ehefrau (Staub Allg. Einl. Anm. 74; dagegen Cosack HR. § 11 III 3 b) im Gegensatz zu einem Arbeiten der Frau im Geschäft des Mannes (BGB. § 1356 Abs. 2). Und zwar ist hierbei (vgl. oben Anm. IV d 3) ein Betreiben der Frau in der Eigenschaft als offener Handelsgesellschafter (OLG. Dresden 28 I 02 OLGRspr. 4 342) oder Kommanditist (§ 161 Anm. II a; dagegen OLG. Dresden 28 I 02 OLGRspr. 4 342) mitbegriffen. Nicht aber eine Beteiligung als stiller Gesellschafter (OLG. Dresden 28 I 02 OLGRspr. 4 342). Ob die Frau persönlich im Geschäft tätig und ob sie als Gesellschafter vertretungsermächtigt, ist unerheblich (OLG. Dresden a. a. O.). Sie kann auch durch einen Dritten in ihrem Namen betreiben lassen, und dieser andere kann auch der Mann sein (OLG. Dresden a. a. O., vgl. OLG. Karlsruhe 18 II 04 OLGRspr. 9 454).

5. Gewerbebetrieb des Ehemanns im Namen und für Rechnung der Ehefrau. Das Verwaltungsrecht des Ehemanns gibt ihm nicht die Befugnis, auf den Namen der Ehefrau ein Gewerbe zu betreiben (BGB. §§ 1375, 1443 Abs. 2, RG. 59 31; dagegen OLG. Dresden 28 I 02 OLGRspr. 4 342). Bei gesetzlichem Güterrecht kann er gegen den Willen der Frau nicht beanspruchen, daß ihm das vor der Ehe von ihr betriebene Geschäft als Ganzes zur eigenen Verwaltung überlassen werde (RG. 59 32). Er kann daher auch nicht Übertragung der Firma an ihn verlangen (RG. 59 32), und er kann nicht kraft seines ehemännlichen Rechts das Geschäft in der Weise fortführen, daß die Frau allein aus dieser Fortführung berechtigt und verpflichtet würde (RG. 59 31). Selbst wenn er den Gewerbebetrieb der Ehefrau genehmigt hat, bleibt er aber berechtigt, über die zum Geschäftsvermögen (oben b 3, 4) gehörenden eingebrachten oder Gesamtguts-Gegenstände in demselben Umfang zu verfügen wie über andere Vermögensgegenstände des Eingebrachten bezw. des Gesamtguts (Staub Allg. Einl. Anm. 93; dahingestellt RG. 59 32).

c. **Rechtsverhältnis der Ehegatten zu Dritten.**

1. Eintragung in den maßgebenden Güterrechtsregistern oder Wissen des Dritten sind erforderlich, damit gegenüber dem Dritten der Einspruch des Ehemanns gegen den Gewerbebetrieb der Frau oder der Widerruf der Einwilligung hierzu (BGB. § 1405 Abs. 3) oder eine vertragliche Ausschließung oder Änderung der Verwaltung oder Nutznießung des Ehemanns (BGB. § 1453 Abs. 1) oder die Aufhebung oder Änderung der im Güterrechtsregister eingetragenen Regelung geltend gemacht werden können. Dem Wissen des Dritten steht nicht dessen Wissenmüssen gleich. Nur die zum Einspruch hinzukommende Eintragung dieses Einspruchs ist wirksam, nicht diese Eintragung allein; trotz Eintragung eines Einspruchs ist daher der Gewerbebetrieb ein genehmigter, wenn in Wahrheit der Ehemann keinen Einspruch erhoben, sondern z. B. als Handlungsbevollmächtigter die Ehefrau in deren Gewerbebetrieb unterstützt hat (Staub Allg. Einl. Anm. 87). Können die erwähnten Tatsachen geltend gemacht werden, so dürfen sowohl gegenüber einem zwischen dem Dritten und einem Ehegatten

vorgenommenen Rechtsgeschäft wie auch gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil Einwendungen daraus hergeleitet werden. Die Eintragung muß erfolgen in dem für den Wohnsitz des Ehemanns maßgebenden Güterrechtsregister (BGB. § 1558) und, damit eine Wirkung in Ansehung der auf den Betrieb des Handelsgewerbes der Ehefrau sich beziehenden Rechtsverhältnisse eintritt, auch in dem für den Ort der betreffenden Handelsniederlassung oder der Hauptniederlassung maßgebenden, etwa von dem des Wohnsitzes des Ehemanns verschiedenen Güterrechtsregister (EGHGB. Art. 4 Abs. 1). Verlegt nach der Eintragung der Mann seinen Wohnsitz oder die Frau die Handelsniederlassung oder Hauptniederlassung, so müssen die Eintragungen in dem für den neuen Ort maßgebenden Güterrechtsregister wiederholt werden (BGB. § 1559, EGHGB. Art. 4 Abs. 2).

2. Nichtkenntnis des Dritten von der Eigenschaft der Frau als Ehefrau ist unerheblich; der Dritte muß die Beschränkungen, denen die Frau nach BGB. §§ 1395—1403 unterliegt, auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er nicht gewußt hat, daß die Frau eine Ehefrau ist (BGB. § 1404). Die Vorschriften über gutgläubigen Rechtserwerb vom Nichtberechtigten sind nicht anwendbar (§ 366 Anm. V b 3).

3. Erweiterung der Verfügungsfähigkeit der Ehefrau durch Einwilligung des Ehemanns zu ihrem Gewerbebetrieb.

α. Gesetzliches Güterrecht. Der § 1405 Abs. 1 BGB. bestimmt:

„Erteilt der Mann der Frau die Einwilligung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist seine Zustimmung zu solchen Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten nicht erforderlich, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Einseitige Rechtsgeschäfte, die sich auf das Erwerbsgeschäft beziehen, sind der Frau gegenüber vorzunehmen."

Hiernach kann in solchem Fall, soweit der betreffende Geschäftsbetrieb es mit sich bringt, die Ehefrau, ohne Zuziehung des Ehemannns, sowohl vertragliche und einseitige dingliche Verfügungen nicht nur über vorbehaltenes, sondern auch über eingebrachtes Gut wirksam für Frau und Mann vornehmen (BGB. §§ 1405, 1395), wie auch durch andere Rechtsgeschäfte Verpflichtungen übernehmen, für die dann nicht nur ihr vorbehaltenes, sondern auch ihr eingebrachtes Vermögen haftet (BGB. § 1412). Allerdings sagt BGB. § 1405 nicht ausdrücklich, daß die zum Betrieb des Erwerbsgeschäfts gehörigen Rechtsgeschäfte auch dem Mann gegenüber wirksam sind, und man könnte zweifeln, ob BGB. § 1399 Abs. 2, der im Fall des gleichfalls die Zustimmung des Ehemanns für „nicht erforderlich" erklärenden BGB. § 1399 Abs. 1 trotz BGB. § 1412 gilt, etwa auch neben BGB. § 1405 trotz BGB. § 1412 zur Anwendung kommt; da indessen im Fall des BGB. § 1405 dingliche Verfügungen der Ehefrau über eingebrachtes Gut auch dem Mann gegenüber wirksam sind, so kann für forderungsrechtliche Verfügungen der Frau keine geringere Wirksamkeit angenommen werden. Das eingebrachte (und das vorbehaltene) Gut der Frau haften auch für eine Verbindlichkeit der Frau, die nach Eingehung der Ehe infolge eines zum vorbehaltenen (oder eingebrachten) Gut gehörenden Rechts oder des Besitzes einer zum vorbehaltenen (oder eingebrachten) Gut gehörenden Sache entsteht, wenn das Recht oder die Sache zu einem Erwerbsgeschäft gehört, das die Frau mit Einwilligung des Mannes selbständig betreibt (BGB. § 1414). Das eingebrachte Gut haftet ferner auch dann für eine Verbindlichkeit der Frau aus einem von ihr abgeschlossenen Rechtsgeschäft, wenn der Ehemann zwar nicht zu dem ganzen Gewerbebetrieb, aber doch zu dem betreffenden Rechtsgeschäft seine Zustimmung erteilt hatte (BGB. § 1412).

β. Allgemeine Gütergemeinschaft. Der § 1452 BGB. bestimmt:

„Auf den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch die Frau finden die Vorschriften des § 1405 entsprechende Anwendung."

Hiernach kann die Ehefrau, die mit Einwilligung des Ehemanns ein Erwerbsgeschäft betreibt, soweit der betreffende Betrieb es mit sich bringt, dingliche Verfügungen

über Vorbehaltsgut und (Planck[3] § 1452 Anm. 1; dagegen Cosack BR.[4] § 295 Nr. 1) Gesamtgut vornehmen und sich durch Rechtsgeschäfte verpflichten. Für diese Rechtsgeschäfte haftet außer dem Vorbehaltsgut der Frau auch das Gesamtgut (BGB. § 1460). Das Gesamtgut (und das Vorbehaltsgut der Frau) haften ferner für nach Eintritt der Gütergemeinschaft entstehende Verbindlichkeiten der Frau infolge eines zu ihrem Vorbehaltsgut (oder zum Gesamtgut) gehörenden Rechts oder des Besitzes einer zum Vorbehaltsgut (oder zum Gesamtgut) gehörenden Sache, wenn das Recht oder die Sache zu einem Erwerbsgeschäft gehört, das die Frau mit Einwilligung des Mannes selbständig betreibt (BGB. § 1462). Für die Gesamtgutsverbindlichkeiten der Frau haftet auch der Ehemann persönlich als Gesamtschuldner (BGB. § 1459 Abs. 2). — Über den Sonderfall einer oHG. zwischen gütergemeinschaftlichen Ehegatten Gildemeister ZHR. 54 99 ff.

γ. Errungenschaftsgemeinschaft. Für sie gilt dasselbe wie für die allgemeine Gütergemeinschaft (BGB. §§ 1519 Abs. 2, 1532, 1533, 1530 Abs. 2). Ferner haftet das eingebrachte Gut der Frau in gleicher Weise wie bei gesetzlichem Güterrecht (BGB. § 1525 Abs. 2).

δ. Fahrnisgemeinschaft. Für sie gilt dasselbe wie für die allgemeine Gütergemeinschaft (BGB. § 1549); das eingebrachte Gut der Frau haftet in gleicher Weise wie bei gesetzlichem Güterrecht (BGB. §§ 1550 Abs. 2, 1525 Abs. 2).

4. Verfügungsfähigkeit der Ehefrau bei Gewerbebetrieb ohne Einwilligung des Ehemanns in denjenigen Fällen, die nicht nach BGB. § 1405 Abs. 2 der erteilten Einwilligung gleichstehen, also wenn der Ehemann entweder in einer gegenüber dem Dritten wirksamen Weise (oben zu 1) Einspruch erhoben hat oder von dem Gewerbebetrieb nichts weiß. Die nachstehenden Regeln kommen selbst dann zur Anwendung, wenn (oben zu b 1) die Ehefrau im Verhältnis zum Ehemann auch ohne dessen Zustimmung berechtigt zum Gewerbebetrieb ist. Die Ehefrau kann dingliche Verfügungen ohne Zustimmung des Ehemanns wirksam nur über ihr Vorbehaltsgut vornehmen. Ein dinglicher Vertrag über Eingebrachtes ist, solange die Zustimmung des Ehemanns fehlt, in der Schwebe (BGB. §§ 1396, 1525 Abs. 2, 1550 Abs. 2), und bis dahin auch für die Frau unverbindlich (RG. 54 46). Ein einseitiges Rechtsgeschäft der Frau, durch das sie ohne Einwilligung des Ehemanns über eingebrachtes Gut (dinglich) verfügt, ist unwirksam (BGB. §§ 1398, 1525 Abs. 2, 1550 Abs. 2). Ebenso eine dingliche Verfügung der Frau über Gesamtgut (BGB. §§ 1442 Abs. 1, 1519 Abs. 2, 1549, Gildemeister ZHR. 54 135). Ein Rechtsgeschäft, durch das sich die Frau (forderungsrechtlich) zu einer Leistung verpflichtet, ist wirksam gegenüber der Frau, aber mangels Zustimmung des Ehemanns nicht wirksam gegenüber dem Mann (BGB. §§ 1399, 1460, 1532, 1549); aus einem solchen Rechtsgeschäft haftet daher die Frau mit ihrem Vorbehaltsgut; nicht dagegen haftet das Eingebrachte und das Gesamtgut, solange beides nicht als freies Gut an die Frau zurückfällt, und zwar selbst dann nicht, wenn es zum Geschäftsvermögen (oben zu b 3, 4) der Frau gehört.

5. Rechtsstreit der Kauffrau. Die Kauffrau ist förmlich prozeßfähig (CPO. § 52 Abs. 2), sie kann selbständig klagen und (vgl. RG. 39 310) verklagt werden, selbst wenn der Ehemann Einspruch gegen den Gewerbebetrieb, auf den sich der Rechtsstreit bezieht, erhoben und der Führung des Rechtsstreits nicht zugestimmt hat. Hiervon ist zu unterscheiden, ob im Einzelfall die Kauffrau sachlich zur Klage ohne Zustimmung des Mannes berechtigt (aktiv legitimiert) oder in Ansehung des Gegenstandes der Klage die richtige Verklagte (passiv legitimiert) ist. Die letztere Frage ist nach den für die Verfügungsfähigkeit der Kauffrau maßgebenden Grundsätzen zu entscheiden, also verschieden, je nachdem der Ehemann zu dem Gewerbebetrieb eingewilligt hat (oben zu 3) oder nicht (oben zu 4). Hat er nicht eingewilligt, so kann insbesondere die Frau — außer wenn der Rechtsstreit bereits bei Eheschließung bzw. bei Eintritt der Gütergemeinschaft schwebt (BGB. §§ 1407 Nr. 1, 1454) — ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht, auch wenn es Teil des Geschäftsvermögens (oben zu b 3, 4) ist, in der

Regel (Ausnahmen in BGB. § 1407) nur mit Zustimmung des Mannes im Wege der Klage geltend machen (BGB. § 1400 Abs. 2), ein zum Gesamtgut gehörendes Recht nach gesetzlicher Regel (BGB. § 1443; Ausnahmen: §§ 1449, 1450) überhaupt nicht, jedoch ausnahmsweise im Einzelfall gleichfalls mit Zustimmung des Mannes (RG. 13 II 05 JW. 176[20]) oder unter dessen Beitritt (RG. 19 I 05 JW. 176[19]). Das Urteil in einem von der Frau als Klagende oder Verklagte (RG. 56 76) ohne Zustimmung des Mannes geführten Rechtsstreit ist gegenüber dem Mann unwirksam in Ansehung des Eingebrachten (BGB. § 1400 Abs. 1) und des Gesamtguts (BGB. § 1460 Abs. 1, RG. 56 77); nur haftet das Gesamtgut für die Kosten des Rechtsstreits der Frau (BGB. § 1460 Abs. 2). Die Unwirksamkeit hat die Tragweite, daß nicht nur gegenüber dem Mann keine förmliche Rechtskraft eintritt, sondern daß der Mann trotz der gegen die Frau eingetretenen Rechtskraft künftig auch sachlich noch geltend machen darf, daß der seiner Frau abgesprochene Anspruch dennoch besteht, bzw. daß der zugesprochene Anspruch gegen seine Frau dennoch nicht besteht (RG. 56 77). — Bei gesetzlicher Gütergemeinschaft haftet der Mann den Gläubigern der Frau als Gesamtschuldner für die Kosten des von der Frau allein geführten Rechtsstreits (BGB. §§ 1387 Nr. 1, 1388), falls gegenüber dem Mann das Urteil in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam ist (BGB. § 1416 Abs. 2).

6. Zwangsvollstreckung gegen die Kauffrau. Für die Vollstreckung in Vorbehaltsgut genügt ein gegen die Ehefrau allein ergangenes Urteil. Für die Vollstreckung in eingebrachtes Gut ist in der Regel die Verurteilung der Ehefrau zur Leistung und die Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung erforderlich (CPO. § 739), für die Vollstreckung in Gesamtgut ist in der Regel die Verurteilung des Ehemanns erforderlich und genügend (CPO. § 740). Eine Ausnahme von den Regeln der §§ 739, 740 CPO. bestimmt CPO. §§ 741, 774:

§ 741: „Betreibt die Ehefrau selbständig ein Erwerbsgeschäft, so ist zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und in das Gesamtgut ein gegen die Ehefrau ergangenes Urteil genügend, es sei denn, daß zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit der Einspruch des Ehemanns gegen den Betrieb des Erwerbsgeschäfts oder der Widerruf seiner Einwilligung zu dem Betrieb im Güterrechtsregister eingetragen war."

§ 774: „Findet nach § 741 die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau oder in das Gesamtgut statt, so kann der Ehemann nach Maßgabe des § 771 Widerspruch erheben, wenn das gegen die Ehefrau ergangene Urteil in Ansehung des eingebrachten Gutes oder des Gesamtguts ihm gegenüber unwirksam ist."

Indem § 741 CPO. die Erlangung eines Urteils nur gegen die Ehefrau für „genügend" erklärt, schließt er nicht aus, daß der Gläubiger nach der Regel des § 739 CPO. auch ein Urteil gegen den Ehemann sich verschafft; auch der Ehemann einer Ehefrau, die selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, muß sich gefallen lassen, auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt zu werden (RG. 9 III 03 KGBl. 05 5). — Der Fall des § 774 CPO., daß trotz bei Rechtshängigkeit nicht erfolgter Eintragung des Einspruchs das gegen die Frau ergangene Urteil nicht wirksam gegenüber dem Ehemann ist, liegt z. B. vor, wenn dem Rechtsstreitgegner der Ehefrau der nicht eingetragene Einspruch bekannt war (BGB. §§ 1435, 1405 Abs. 3), oder (Staub Allg. Einl. Anm. 80) wenn zwar nicht mehr bei Eintritt der Rechtshängigkeit aber zu dem früheren Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts der Einspruch des Ehemanns im Güterrechtsregister eingetragen und auch zu dem betreffenden einzelnen Rechtsgeschäft der Ehemann keine Zustimmung erteilt hatte. — In dem gegen die Ehefrau auf Leistung und gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung angestellten Rechtsstreit ist die Streitgenossenschaft der Ehefrau und des Ehemanns keine notwendige (RG. 21 XI 04 JW. 05 49[21]).

7. Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann in das Geschäftsvermögen (oben b 3, 4) der Frau ist unzulässig insoweit dies Geschäftsvermögen aus Vorbe-

haltenem und Eingebrachtem, dagegen zulässig insoweit es aus Gesamtgut besteht. Wird trotzdem auf Grund eines nur gegen den Mann lautenden Schuldtitels Vorbehaltenes oder Eingebrachtes der Frau gepfändet, so kann sie Widerspruchsklage erheben (CPO. § 771). Ob sie, falls die Pfändung in ihrem besonderen Geschäftsraum geschieht, außerdem auch eine Einwendung gegen die Art der Zwangsvollstreckung (CPO. § 766) mit Erfolg erheben kann (verneinend Goldmann A Anm. 3), hängt davon ab (CPO. §§ 808, 809), ob im Einzelfall der Ehemann Mitbesitz an jenem besonderen Geschäftsraum hat. Staub Allg. Einl. Anm. 97 will den Mitbesitz des Ehemanns allgemein verneinen, außer wenn die Frau nur zum Schein als Geschäftsinhaberin auftritt. Indessen können die Einzelfälle verschieden liegen; in der Regel wird entscheidend sein, ob der Mietvertrag bezüglich des Geschäftsraums auch auf den Namen des Mannes lautet. Ist dies der Fall, so ist eine Einwendung der Frau gegen die Art der Zwangsvollstreckung nicht für gerechtfertigt zu erachten.

d. **Ausländischem Güterrecht unterliegende Kauffrau.** Für deren Gewerbebetrieb im Inland sind maßgebend EGBGB. Art. 15, 16, GewO. § 11a. Der § 11a GewO. bestimmt:

„Betreibt eine Ehefrau, für deren güterrechtliche Verhältnisse ausländische Gesetze maßgebend sind, im Inlande selbständig ein Gewerbe, so ist es auf ihre Geschäftsfähigkeit in Angelegenheiten des Gewerbes ohne Einfluß, daß sie Ehefrau ist.

Soweit die Frau infolge des Güterstandes in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt ist, finden die Vorschriften des § 1405 des BGB. Anwendung. Hat die Frau ihren Wohnsitz nicht im Inlande, so ist der Einspruch des Mannes gegen den Betrieb des Gewerbes und der Widerruf der erteilten Einwilligung in das Güterrechtsregister des Bezirkes einzutragen, in welchem das Gewerbe betrieben wird.

Betreibt die Frau das Gewerbe mit Einwilligung des Mannes oder gilt die Einwilligung nach § 1405 Abs. 2 des BGB. als erteilt, so haftet für die Verbindlichkeiten der Frau aus dem Gewerbebetrieb ihr Vermögen ohne Rücksicht auf die dem Manne kraft des Güterstandes zustehenden Rechte; im Falle des Bestehens einer ehelichen Gütergemeinschaft haftet auch das gemeinschaftliche Vermögen."

C. Handelsgrundgeschäfte.

VIII. **Allgemeines.** Handelsgrundgeschäfte sind diejenigen Geschäfte deren gewerbsmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe ohne Rücksicht darauf darstellt, ob der Betreibende im Handelsregister eingetragen ist oder nicht. Die Aufzählung im § 1 Abs. 2 (vgl. Art. 2, 212 Preuß. Entwurf v. 1857) entspricht im wesentlichen der Zusammenstellung im früheren ADH. Art. 271 (absolute Handelsgeschäfte) und Art. 272 (relative Handelsgeschäfte) unter Beseitigung des Unterschiedes zwischen absoluten und relativen Handelsgeschäften. Neu hinzugefügt sind die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer und der Lagerhausunternehmer. Einzelne Gewerbebetriebe können gleichzeitig unter mehrere der in § 1 Abs. 2 aufgeführten Handelsgrundgewerbsarten fallen, z. B. Anschaffungsgeschäfte in Wertpapieren unter Ziff. 1, 4 und 6, Anschaffungsgeschäfte in Büchern unter Ziff. 1 und 8. — Die Aufzählung der Handelsgrundgeschäfte in § 1 ist erschöpfend und keiner ausdehnenden Auslegung fähig (KG. 30 IX 01 EntschFG. 2 230). — Das einzelne Handelsgrundgeschäft braucht nicht Handelsgeschäft zu sein; es ist dies dann nicht, wenn es im Einzelfall nicht zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehört.

IX. **Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren oder Wertpapieren (Nr. 1).**

a. **Anschaffung** ist jeder abgeleitete entgeltliche Erwerb zu Eigentum mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden (VZSRG. 31 18; vgl. RG. 45 101). Unter „Anschaffung" ist also nicht das dem Eigentumserwerb zugrund liegende forderungsrechtliche Rechtsgeschäft (Anschaffungsgeschäft) verstanden (RG. 52 323, 56 431; dagegen Goldmann B Anm. 2, RG. 38 31). Tatsächlich sind nur wenige Arten der nachstehend aufgeführten Anschaffungsgeschäfte regelmäßiger Gegenstand eines Gewerbebetriebs.

1. Anschaffungsgeschäfte, d. h. auf Anschaffung gerichtete Rechtsgeschäfte sind nach obiger Begriffsbestimmung z. B. folgende Geschäfte: Kauf auf Seite des Käufers; ins-

besondere auch ein Reportgeschäft (RG. 19 145). Tausch (RG. 38 31). Werkvertrag auf Seite des Bestellers; jedoch nur, wenn Gegenstand des Werkvertrages die Herstellung oder Veränderung einer Sache (unten d 1) ist. Auf Seite des Pfandnehmers uneigentliche Verpfändung (RG. 21 36), d. h. ein Verpfändungs-(Lombard-)geschäft, bei dem der Empfänger befugt ist, statt der empfangenen Gegenstände andere gleicher Art zurückzugewähren. Auf Seite des Leihers, Mieters oder Verwahrers (Depotnehmers) uneigentliche Leihe, Miete oder Verwahrung (RG. 42 14). Auf Seite des Kommittenten die Einkaufskommission (RG. 9 VII 04 JW. 496[26]). Annahme an Zahlungsstatt (RGSt. 11 148, 20 50), z. B. eine solche Annahme von Wechseln (RGSt. 11 148).

2. Keine Anschaffung liegt z. B. im Erwerb von Todes wegen, in den Arten des ursprünglichen Eigentumserwerbes (Aneignung, Fruchtziehung, Gewinnung von Rohstoffen usw.), unentgeltlichem Erwerb, einem Erwerb bloßer Gebrauchsrechte (VZS. RG. 31 18). Daß die Gewinnung von Rohstoffen (z. B. Ziegelerde, gebrochene Steine, Bernstein, Erzeugnisse des Bergbaus) keine Anschaffung sei, ist durch die Rechtsprechung erst allmählich festgestellt worden (näheres Auflage 11 dieses Kommentars Anm. 3b zu Art. 271, ROH. 9 192, RG. 6 8, 50 157, 51 112). So auch, wenn der Eigentümer des Grundstücks nicht selbst die Rohstoffe vom Grundstück trennt, sondern die Trennung durch einen Unternehmer besorgen läßt (ROH. 15 237). Ebenso, wenn das Grundstück, aus dem die Gewinnung erfolgt, ein fremdes ist (RG. 50 157). Daher liegt keine Anschaffung in der Gewinnung von Rohstoffen aus einem zu diesem Zweck erpachteten fremden Grundstück (RG. 6 5); denn der Pachtvertrag als Ganzes ergreift eine unbewegliche Sache und kann nicht lediglich unter dem Gesichtspunkt eines Anschaffungsgeschäfts hinsichtlich der bei Trennung beweglich werdenden Bestandteile oder Früchte aufgefaßt werden (unten zu d 3). Dagegen liegt in dem Kauf der aus einem fremden Grundstück zu gewinnenden Rohstoffe (RG. 29 I 02 JW. Beil. 02 202) ein Anschaffungsgeschäft über eine bewegliche Sache (unten zu d 3) selbst dann (dagegen RG. 27 263), wenn Selbstgewinnung durch den Käufer vereinbart ist. Ob ersteres oder letzteres gewollt, ist Tatfrage; für die Vertragsauslegung ist erheblich namentlich, in welchem Umfang Verfügungsrechte am Grundstück eingeräumt sind, und ob der Preis unter Bezugnahme auf die Zeitdauer oder auf die Menge der entnommenen Rohstoffe bestimmt ist. — Der Gewerbebetrieb der Inverkehrbringer von Rohstoffen wird aber in vielen Fällen dem § 2 unterstehen (Beispiel: RG. 1 VII 04 JW. 475[20]). — Kein Anschaffungsgeschäft liegt in einem eigentlichen Verpfändungsgeschäft, selbst wenn dem Pfandnehmer bei Ausbleiben der Tilgung der Schuld das Recht der Veräußerung zusteht (RG. 21 36). Nicht in einer Annahme von Wechseln zur Einziehung (RG. 11 149). Nicht in der Annahme von Gegenständen, die in Erfüllung einer auf Hingabe wahlweise von Geld oder Gegenständen gerichteten früher begründeten Verpflichtung des Vertragsgegners seitens des letzteren übergeben werden (RGSt. 20 51). Nicht in einem Rechtsgeschäft, bei dem die Sache, die Gegenstand des Geschäfts ist, nicht bereits vorher, schon als solche rechtlich bestehend, sich in fremdem Eigentum befunden hat (RG. 39 128). Nicht daher liegt ein Anschaffungsgeschäft in einer Übernahme von Gesellschaftsanteilen bei Errichtung einer Gesellschaft oder bei späterem Beitritt mit hierbei neugeschaffenem Anteilrecht. Bei der AG. also nicht bei Gleichgründung (VZS. RG. 31 20), Stufengründung und Kapitalserhöhung (Staub Anm. 34); die im Reichsstempelgesetz 27 IV 94/14 VI 00 Tarif 4a Abs. 2 im Gegensatz zur Entscheidung RG. 31 18 erfolgte Gleichstellung der Grundkapitalübernahme bei Errichtung der AG. mit einem Anschaffungsgeschäft gilt nicht auch für den im HGB. verwendeten Begriff der Anschaffung (RG. 41 140, 51 355, 52 323).

b) **Weiterveräußerung** wird vermöge der Zusammenstellung mit Anschaffung in entsprechender Weise auszulegen sein als jede entgeltliche Übertragung von Eigentum mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden. Ein auf Herstellung einer Sache (unten d 1) gerichteter Werkvertrag ist hiernach auf Seite des Unternehmers Weiterveräußerungsgeschäft, wenn dieser die Beschaffung des Stoffes übernommen hat, und zwar gleichgültig, ob die herzustellende

Sache vertretbar oder nicht vertretbar (vgl. BGB. § 651, HGB. § 381) ist. Nicht jedoch, wenn der Unternehmer nur Zutaten oder sonstige Nebensachen (BGB. § 651 Abs. 2) zu beschaffen hat (vgl. BGB. § 651 Abs. 2). Keine Weiterveräußerung liegt, da die Farben nur Zutaten sind, in der Lieferung von Malerarbeiten (RGSt. 28 60).

c. Anschaffung **und** Weiterveräußerung müssen Gegenstand des Gewerbebetriebes sein, nicht eines ohne das andere; es muß ein Umsatz stattfinden. Nicht hierher gehören daher Gewerbebetriebe, in denen Anschaffungen erfolgen zum Zweck eigener Benutzung des Angeschafften (z. B. zwecks Gebrauchs im eigenen Betrieb, ROH. **11** 342, **22** 117, RG. **42** 236) oder zum Zweck der Überlassung des Gebrauchs, nicht des Eigentums, an andere (z. B. bei Anschaffungen von Gastwirten zu Zwecken der Beherbergung, ROH. **22** 329; von Büchern oder anderen Gegenständen zum Verleihen, ROH. **23** 400 oder bei Anschaffungen zum Zweck nicht der Veräußerung sondern nur der Verpfändung, Bolze **23** Nr. 311 a). Ebensowenig Gewerbebetriebe, in denen Veräußerungen erfolgen sollen ohne Anschaffung, z. B. bei Erzeugung von Rohstoffen (oben zu a 2). Unerheblich dagegen ist, in welcher Reihenfolge die Anschaffung und Weiterveräußerung in der Regel erfolgt, ob erstere der letzteren zeitlich vorhergeht oder nachfolgt. Das Wort „Weiterveräußerung" statt „Veräußerung" (vgl. § 93) ist nicht gewählt, um zu betonen, daß die Veräußerung zeitlich der Anschaffung folgen muß, sondern deutet (im Anschluß an die Fassung des früheren Art. 271 Nr. 1 ADH.) nur an, daß der Anschaffende die Durchgangsperson ist.

d. **Bewegliche Sachen (Waren).**

1. Sache ist nach BGB. § 90 nur ein körperlicher Gegenstand. Diese Bedeutung ist auch für das HGB. zugrund zu legen (vgl. RG. **26** 44, **47** 106). Keine Sache in diesem Sinn ist ein Recht, z. B. ein Anteilrecht an einer Gesellschaft, ein Patentrecht oder sonstiges Urheberrecht, ein Firmenrecht. Der Inhalt eines Buches ist keine Sache, weder bearbeitetes oder verarbeitetes Papier, noch verarbeitete Handschrift (RG. **5** 67). Eine Sache ist z. B. auch das zugeleitete Wasser oder Gas (RG. **17** 273). Ebenso ein körperlicher Gegenstand, dessen Hauptwert in seiner auf der Stoffbeschaffenheit beruhenden (chemischen) Spannung liegt, z. B. das verkaufte Dynamit. Nicht aber die übermittelte auf äußeren Einwirkungen beruhende (physikalische) Spannung (z. B. elektrischer Strom, RGSt. **32** 180, vgl. jedoch RG. **17** 272, **56** 404), selbst wenn sie mit einem an sich wertlosen Körper verbunden ist (z. B. Dampfkraft). Ein Vertrag über Lieferung von Elektrizität oder Dampfkraft ist nicht als Kauf, noch überhaupt als Anschaffung, sondern je nach dem näheren Vertragsinhalt als Dienst- oder als Werkvertrag aufzufassen.
2. Waren sind alle beweglichen Sachen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können, und hierzu müssen an sich alle Arten beweglicher Sachen gerechnet werden (D. 10, RGSt. **13** 440), also z. B. auch Edelmetalle, Geldsorten, Schiffe (D. 75). Geld z. B., wenn es sich um Ankauf ausländischer Geldsorten (M. 59 zum BörsG.; anders BörsG. § 80), von Münzen für Sammler oder zur Verarbeitung durch den Goldschmied oder zum Einschmelzen handelt. Auch nicht vertretbare Sachen können Waren sein (vgl. § 381 Abs. 2). — Unklar ist, welche Bedeutung der Zusatz „(Waren)" zu „bewegliche Sachen" in § 1 Nr. 1 haben soll. Die Fassung legt die Vermutung nahe, daß beides einander gleichgestellt, also eine Begriffsbestimmung von „Waren" gegeben werden sollte. Allerdings wird an anderen Stellen des HGB. dennoch der Ausdruck „bewegliche Sachen" gebraucht (§§ 366, 369, 375, 381 Abs. 2, 406 Abs. 2), und zwar in umfassenderer Bedeutung als in einigen Fällen der gleichfalls wiederholt vorkommende (§§ 1 Nr. 2, 39 Abs. 3, 55 Abs. 3, 56, 86 Abs. 2, 93 ff., 261, 360, 362 Abs. 2, 373, 376, 377 ff., 383, vgl. BGB. § 764) Ausdruck „Waren". Man könnte geneigt sein, mit Düringer-Hachenburg Anm. VI 2c aus BGB. § 92 den Begriff der Waren als „zur Veräußerung bestimmte bewegliche Sachen" abzuleiten. Hiermit würde der Gebrauch des Ausdrucks „Waren" in HGB. § 261 Nr. 1, verglichen mit § 261 Nr. 3, übereinstimmen. Diese Begriffsbestimmung wäre aber mißlich schon aus dem Grund, weil ein Gegenstand, der für den Verkäufer „zur Veräußerung bestimmt" ist, dies

nicht auch für den Käufer zu sein braucht, und umgekehrt; wie z. B. bei Verkauf einer Gemäldesammlung an den Kunsthändler infolge unvorhergesehenen Geldbedürfnisses des Eigentümers der Gemäldesammlung. Auch muß an anderen Stellen der Ausdruck „Ware" als ebenso umfassend gesetzt werden wie „bewegliche Sache". So z. B. in § 373, da letzterer Ausdruck in § 375 (vgl. auch § 381 Abs. 2) vorkommt und § 373 den Fall des § 375 umfaßt. Ebenso in § 1 Nr. 2 (unten Anm. X b). Die Begriffsbestimmung Staubs Anm. 36 (ebenso RG. 47 106), wonach die beweglichen Sachen, um als „Waren" bezeichnet werden zu können, Gegenstand des Handelsverkehrs sein müssen, ist zwar richtig (vgl. § 93), führt aber nicht weiter, da erst der einzelne Fall zeigt, was Gegenstand des Handelsverkehrs sein kann. In § 1 würde überdies, wenn man den so beschränkten Begriff einsetzen wollte, der zu bestimmende Begriff „Handelsgewerbe" durch den auf diesen Begriff zurückweisenden Begriff „Handelsverkehr" erklärt werden, also eine ordnungmäßige Begriffsbestimmung von „Handelsgewerbe" nicht vorliegen. Wollte man aber statt „Handelsverkehr" etwa „Gewerbeverkehr" einsetzen, so wäre zwar jener Fehler vermieden, aber keine Übereinstimmung mit § 93 mehr vorhanden, und § 1 würde dann immer noch ein Doppeltsagen enthalten, denn daß ein Gewerbebetrieb nicht die Anschaffung und Weiterveräußerung von Sachen, die nicht Gegenstand des Gewerbeverkehrs sind, zum Gegenstand haben kann, ist selbstverständlich. In § 1 Nr. 1 ist daher das Wort „Waren" in der Tat lediglich gleichbedeutend mit „bewegliche Sachen" (ebenso Goldmann B Anm. 2 Ziff. 1 II 1), und es ist nur zuzugeben, daß das Wort „Waren" nicht an allen Stellen des HGB., an denen es vorkommt, in gleich umfassender Bedeutung gebraucht ist, vielmehr die Bedeutung für jeden einzelnen Fall des Vorkommens besonders ermittelt werden muß.

3. Bewegliche Sache. Anschaffung oder Weiterveräußerung von Beweglichem muß vorliegen, nicht etwa ein Anschaffungs- oder Weiterveräußerungsgeschäft über Bewegliches. Der Zeitpunkt, in dem die Beweglichkeit vorhanden sein muß, ist mithin der Zeitpunkt des Eigentumserwerbs bzw. der Eigentumsentäußerung, nicht der Zeitpunkt des dem Erwerb bzw. der Entäußerung zugrund liegenden Rechtsgeschäfts. Und zwar muß die Beweglichkeit zu beiden Zeitpunkten, sowohl bei Erwerb wie bei Entäußerung vorhanden sein.

Kein Handelsgrundgewerbe aus § 1 Nr. 1 liegt mithin vor, wenn entweder die Sache noch über den Eigentumserwerb hinaus unbeweglich bleibt, oder wenn sie bereits vor Eigentumsentäußerung unbeweglich geworden ist. Mithin z. B. einerseits nicht bei Erwerb von Grundstücken behufs späterer Ausbeutung der darin enthaltenen Kieslager; andererseits nicht bei Veräußerung von auf eigenem Grundstück selbst erbauten Häusern. Da die angeschaffte Sache nicht vor Eigentumsentäußerung unbeweglich geworden sein darf, ist es insbesondere auch nicht zulässig, daß sie vorher Bestandteil einer unbeweglichen Sache geworden ist (ROH. 13 344). Soweit dagegen die veräußerte Sache (z. B. unter Umständen eine Maschine) trotz der Verbindung nicht Bestandteil der unbeweglichen Sache, sondern nur Zubehör wird, bleibt sie beweglich selbst nach der Verbindung (BGB. § 97, RG. 55 118). Die bloße Zweckbestimmung, später als Bestandteil mit einer unbeweglichen Sache verbunden zu werden, ändert nicht die bewegliche Eigenschaft einer veräußerten beweglichen Sache (RG. 19 III 00 JW. 347[15], RG. 50 125); daher ist der Handel mit Baustoffen Handelsgrundgewerbe (RG. 58 190).

Ein Handelsgrundgewerbe aus § 1 Nr. 1 liegt vor, wenn zwar zur Zeit des Anschaffungsgeschäfts, aber nicht mehr zur Zeit des darauf gegründeten Eigentumserwerbs die Sache Bestandteil einer unbeweglichen ist. So z. B. bei gewerbsmäßigem Kauf von Steinen, die erst aus dem Steinbruch genommen werden sollen (RG. 25 V 00 JW. 529[23]; dagegen RGSt. 27 263 bei Selbstgewinnung durch den Käufer; anders bei Pachtung des Steinbruchs, oben zu a 2), von Früchten auf dem Halm (Str. 83 350), von Holz auf dem Stamm (Steg. 2 224, RG. 15 II 94 JW. 144[20]), von Gebäuden behufs Abbruchs und Veräußerung der durch den Abbruch beweglich

gewordenen Bestandteile (Handels-App.-Ger. Nürnberg 14 IV 64 ZHR 8 633 und bei Busch 4 369). Ebenso, wenn die Sache bei Verkauf aber nicht mehr bei Eigentumsentäußerung unbeweglich ist, z. B. wenn der Händler, der Früchte auf dem Halm gekauft hat, diese Früchte, noch bevor er in ihren Besitz gelangt ist, weiter verkauft.

Als genügend wird hierbei angesehen werden müssen, wenn Eigentumserwerb frühestens gleichzeitig mit Beweglichwerden eintritt. Dies ist auch in der Rechtsprechung anerkannt, z. B. in dem oben erwähnten Fall des Abbruchunternehmers. Dann muß aber andererseits das Gleiche auch gelten, also gleichfalls ein Handelsgrundgewerbe aus § 1 Nr. 1 anerkannt werden, wenn die Eigentumsentäußerung spätestens gleichzeitig mit Unbeweglichwerden eintritt. So namentlich im Fall des Bauunternehmers, der mit selbstbeschafftem Stoff auf fremdem Grund und Boden für die Eigentümer der Grundstücke Bauten aufführt, und im Fall des Bauhandwerkers, der die von ihm gelieferten Sachen mit dem fremden Grundstück verbindet. Bauunternehmer und Bauhandwerker kaufen bewegliche Sachen, erwerben Eigentum an beweglichen Sachen, verkaufen bewegliche Sachen und entäußern sich dann vertragsgemäß ihres Eigentums, indem sie bereits gleichzeitig mit dieser Eigentumsentäußerung die Sachen zu unbeweglichen (BGB. § 94 Abs. 2) machen. Daß (worauf RGSt. 33 422 Gewicht legt) die Leistung des Bauhandwerkers sich erst mit Ablieferung des dem Gebäude verbundenen Werks vollendet, ist unerheblich, da der Begriff der Weiterveräußerung nur, wie oben ausgeführt, auf den Zeitpunkt der Eigentumsentäußerung, nicht aber auf den Zeitpunkt der Vollendung der Vertragserfüllung verweist.

Nichtsdestoweniger rechnet fast ständig die Rechtsprechung das Gewerbe der Bauhandwerker, weil bei ihnen eine Weiterveräußerung unbeweglicher Sachen vorliege, nicht zu den Handelsgrundgewerben (RG. 14 233, RGSt. 28 60, 33 421, Bolze 3 Nr. 461, 9 Nr. 711a, RG. 25 V 00 JW. 528[23], 4 X 00 JW. 755[22]). Ebenso, auch wenn der Unternehmer den Stoff beschafft, nicht das Gewerbe der auf fremdem Grundstück bauenden Bauunternehmer (RGSt. 18 364, Bolze 6 Nr. 631, RG. 15 II 00 JW. 314[13]), der Unternehmer von Straßenherrichtungen (ROH. 15 258), Wegherstellungen (RG. 31 III 05 JW. 337[4]) und Herstellungen des Eisenbahnunterbaues (RG. 14 233). Die gleiche Ansicht herrscht bei den Schriftstellern (Staub Anm. 43 ff., Goldmann B Anm. 2 Ziff. 1 III 1, Lehmann Nr. 51). Hiernach würden die genannten Gewerbetreibenden nur nach § 2 Kaufleute sein können. Mitunter ist indessen gegenteilig entschieden worden; so wurde als Handelsgrundgewerbetreibender erachtet der Maurermeister (ROH. 19 251; dagegen RG. 23 X 01 JW. 844[27]) und der Parkettleger (Bolze 7 Nr. 365). Auch wurde als Anschaffungsgeschäft ein Vertrag erachtet, inhalts dessen jemand zur Lieferung von Baustoffen sich verpflichtet, auch wenn er gleichzeitig die Einfügung übernimmt, vorausgesetzt nur, daß nach dem Willen der Beteiligten jedes von beiden einen rechtlich selbständig für sich bestehenden Teil der getroffenen Vereinbarungen und nicht beides zusammen einen einheitlichen Vertrag darstellt (ROH. 13 345, RGSt. 33 423); so insbesondere, wenn getrennt vom Entgelt für seine Arbeit der Preis der gelieferten Stoffe in Rechnung gestellt werden soll (ROH. 13 345).

Unerheblich für die Entscheidung, ob ein Handelsgrundgewerbe vorliegt, ist, ob die von dem Veräußerer abgeschlossenen Verträge als Kauf oder als Werkvertrag aufzufassen sind; denn auch ein Werkvertrag kann unter Umständen ein Weiterveräußerungsgeschäft sein (oben zu b). Erheblich dagegen ist, ob die Verträge als Weiterveräußerungsgeschäfte (sei es Kauf, sei es Werkvertrag) oder als Werkverträge der Art, daß sie nicht Weiterveräußerungsgeschäfte sind, aufzufassen sind. Liegt der letztere Fall vor, hat also (oben zu b) der Unternehmer entweder keinen Stoff oder nur Zutaten oder sonstige Nebensachen zu beschaffen, so ist das Gewerbe nicht Handelsgrundgewerbe. In diesem Zusammenhang kann erheblich sein, ob bei den betreffenden Verträgen die übernommene Lieferung von Gegenständen zurücktritt gegenüber der übernommenen Leistung sonstiger Arbeiten. So erachtete das Reichsgericht (Bolze 7 Nr. 365) das übernommene Legen des Parketts als Nebenleistung gegenüber der übernommenen Lieferung der Parkettplatten.

Auch die herrschende Meinung rechnet zu den Handelsgrundgewerben die Lieferung und Befestigung von Gegenständen, die nicht Bestandteil, sondern nur Zubehör des Unbeweglichen werden (RG. 23 X 01 JW. 844[27]), und die Lieferung und Befestigung von Gegenständen an Gebäuden (z. B. Schaubuden), die nur zu vorübergehendem Zweck mit dem Grund und Boden verbunden und mithin (BGB. § 95) nur Zubehör sind (Goldmann B Anm. 2 II 1). Nur Zubehör werden z. B. die im Fabrikgebäude aufgestellte Akkumulatorenbatterie (RG. **56** 289) und die in einem Gebäude aufgestellten Kachelöfen (RG. 23 X 01 JW. 844[27]).

4. Ohne Unterschied, ob die Waren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden. Handelsgrundgewerbe ist mithin namentlich auch der Gewerbebetrieb der Fabrikanten (M. 6, P. 513) und der auf Vorrat einkaufenden, die Stoffbeschaffung übernehmenden Handwerker (oben Anm. IIIb, IVf). Ein Gewerbebetrieb, der hauptsächlich auf Anschaffung und Weiterveräußerung gerichtet ist, untersteht dem § 1 Nr. 1 und nicht dem § 1 Nr. 2 oder den Vorschriften über Handwerksbetriebe, wenn dem Weiterverkauf ein nach Verkehrsanschauung minder erhebliches Maß von Zubereitung vorausgeht (RGSt. **31** 180). „Bearbeitung", „Verarbeitung" vgl. unten Anm. X a.

e. **Wertpapiere.** Gemeint sind Papiere, die ihrer Natur nach, insbesondere mit Rücksicht auf ihre erleichterte Übertragbarkeit, als Gegenstände des Handelsverkehrs in Betracht kommen; auch Wechsel, Schecks und ähnliche Papiere gehören hierzu (D. 10). Ebenso Kuxe neuen Rechts (RG. **54** 351, vgl. **47** 106). In Art. 271 Nr. 1 ADH. waren auch „Staatspapiere, Aktien" genannt; beides soll nach D. 10 von dem Begriff „Wertpapiere" in § 1 Nr. 1 mitumfaßt werden. Über die Frage, ob alle Arten von Aktien, namentlich auch Namen-Kleinaktien, die nach § 222 Abs. 4 nur mittels einer die Person des Erwerbers bezeichnenden, gerichtlich oder notariell beglaubigten Erklärung und nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung übertragen werden können, mit Recht zu den Wertpapieren gezählt werden, vgl. § 179 Anm. IV b. Der Begriff der Wertpapiere wird dahin zu beschränken sein, daß darunter die Inhaber- und Orderpapiere und ferner diejenigen Namenpapiere zu verstehen sind, die durch Indossament übertragbar sind, nicht aber in der Regel Papiere, die nur durch Abtretung, sei es auch namenlos (blanko) übertragen werden können (ROH. **24** 258, RG. **16** 85, **40** 134). Nicht Wertpapiere sind daher der Hypotheken- (RG. **26** 45, **42** 334, D. 227) und der auf Namen gestellte Grundschuld- und Rentenbrief (vgl. jedoch RG. **42** 334). Dagegen sind Wertpapiere (Staub Anm. 39) der Inhaber-Grundschuldbrief (vgl. BGB. § 1195) und der Inhaber-Rentenbrief (vgl. BGB. § 1199); auf diese ist § 952 Abs. 2 BGB. nicht anwendbar (Planck[2] § 952 Anm. 2 b). Wertpapier ist nicht das Ausweis-(Legitimations-)papier, z. B. das Sparkassenbuch und die gewöhnliche Namenpolize. Ebenso nicht (wegen GmbHG. § 15 Abs. 3) der etwa über den Geschäftsanteil an der GmbH. lautende Anteilschein. — Im BörsG. § 80 sind Wechsel von den Wertpapieren unterschieden, ein Teil der Vorschriften des Börsengesetzes über Wertpapiere aber für anwendbar auf Wechsel erklärt. Im Aufbewahrungsges. 5 VII 96 werden als Wertpapiere bezeichnet unter anderem: Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine, auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen.

X. **Bearbeitung oder Verarbeitung, wenn über den Umfang des Handwerks hinausgehend (Nr. 2).**

a. **Bearbeitung oder Verarbeitung** liegt nicht nur dann vor, wenn an dem Stoff des Gegenstandes eine innere oder äußere Veränderung vorgenommen werden soll, sondern schon dann, wenn durch Arbeit die Herstellung eines bestimmten veränderten Zustands des Gegenstandes beabsichtigt wird, wodurch der Gegenstand zu einem gewissen Gebrauch geeignet, mehr geeignet oder minder geeignet gemacht wird (RGSt. 22 272; vgl. auch BGB. § 950). Eine Bearbeitung enthält daher auch der Betrieb einer Dampfwaschanstalt und einer Anstalt zur Kleiderreinigung (RGSt. 22 272). Eine Verarbeitung kann auch im Hineinarbeiten einer beweglichen Sache in eine unbewegliche liegen (dagegen Staub Anm.

43, 51); nur kann in diesem Fall zweifelhaft sein (oben Anm. IX d 3), ob Waren verarbeitet sind. Der zugrunde liegende Vertrag wird in der Regel ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag sein. Der Fall der Nr. 2 liegt daher z. B. vor, wenn jemand für Zeitlohn oder Stücklohn den Getreideausdrusch übernimmt und hierzu Dreschmaschine und Arbeiter stellt, aber nicht, wenn er lediglich die Dreschmaschine zu eigener Benutzung durch den anderen diesem vermietet (KG. 30 IX 01 EntschFG. 2 230 KGJ **23** A 87 OLGRspr. **4** 457; vgl. auch § 425 Anm. I a 1). — Ist Hauptgegenstand des Gewerbebetriebs nicht die Be- oder Verarbeitung, sondern die Anschaffung und Weiterveräußerung, so untersteht jener Gewerbebetrieb dem § 1 Nr. 1, nicht dem § 1 Nr. 2 oder den Vorschriften über Handwerksbetriebe, selbst wenn dem Weiterverkauf ein nach Verkehrsanschauung minder erhebliches Maß von Zubereitung vorausgeht (oben Anm. IX d 4).

b. **Waren** ist in Nr. 2 als gleichbedeutend mit „bewegliche Sachen" zu erachten (vgl. oben Anm. IX d 2). Jedenfalls ist aus Nr. 2 keine Beschränkung mit Rücksicht auf die Bestimmung der Gegenstände zur Weiterveräußerung zu entnehmen; vgl. das zu a angeführte Beispiel einer Anstalt zur Kleiderreinigung. In welchen Fällen eine bewegliche Sache vorliegt, vgl. oben Anm. IX d 1, 3.

c. **Für andere.** Auf Grund welchen Rechtsgeschäfts die Bearbeitung oder Verarbeitung erfolgt, ist unerheblich. In der Regel wird ein Werkvertrag, sei es ohne Stoffbeschaffung, sei es unter Stoffbeschaffung des Bestellers vorliegen; Werkverträge unter Stoffbeschaffung des Unternehmers fallen nicht unter Nr. 2, sondern möglicherweise unter Nr. 1 (oben Anm. IX b). Gewöhnlich werden im Fall der Nr. 2 die zu bearbeitenden oder verarbeitenden Sachen vom Besteller dem Unternehmer übergeben; dieser hat die Arbeit gegen Entgelt vorzunehmen und dieselben Sachen zurückzugeben (P. 530). Dahin gehören die Betriebe der Färbereien (ROH. **1** 132), Bleichen, Appreturanstalten, Kattundruckereien Spinnereien, Eisenhämmer. Ob der Besteller der Eigentümer der Waren ist, macht keinen Unterschied.

d. **Über den Umfang des Handwerks hinausgehender Betrieb.**

Die bisherige Rechtsprechung legt dies wie folgt aus: Nicht allein entscheidend sei die Ertragsfähigkeit des Umsatzes und die Zahl der Angestellten (KGJ. **9** 16). Ebensowenig die Benennung des Geschäfts als Manufaktur- oder Fabrikgeschäft, die Höhe der Gewerbesteuer, die Art der Buchführung (M. 7). In Betracht komme die Art und Weise der Herstellung der Erzeugnisse, die Einrichtung der Betriebsstätte, Größe und Beschaffenheit der hierzu gehörenden Räumlichkeiten, die Beschaffenheit der zur Herstellung des Erzeugnisses benutzten Hilfsmittel, die Zahl und Tätigkeitsart der beschäftigten Personen, die etwaige Anwendung eines arbeitsteilenden Verfahrens (RGSt. **24** 357, **25** 5, **31** 179). Der § 1 Nr. 2 verlange nach seiner Fassung nur, daß der Betrieb über den „Umfang des Handwerks" hinausgeht. Diese Redewendung sei nicht notwendig gleichbedeutend damit, daß der „Umfang des Betriebes" ein mehr als handwerksmäßiger sein müsse. In der Tat sei (entsprechend der Fassung des § 2) auch auf die Art des Betriebes Rücksicht zu nehmen. Auch wenn daher der Umfang des Betriebes ein mehr als handwerksmäßiger sei, wenn also z. B. ein Verkauf im großen stattfindet, der Absatz sehr bedeutend ist, der Handwerker in größerem Umfange Wechselkredit in Anspruch nimmt oder gewährt, falle der Betrieb dennoch nicht unter § 1 Nr. 2, wenn nur die Art des Betriebes eine handwerksmäßige geblieben ist (RGSt. **1** 381, **24** 357, **31** 179, KGJ. **9** 16, Düringer-Hachenburg § 4 Anm. II; vgl. RGStr. **24** 80). So könne z. B. auch die Brennerei (RGSt. **25** 5) und Brauerei (ObLG. München 16 I 03 OLGRspr. **6** 234) handwerksmäßig betrieben werden.

Diese Rechtsprechung kann aber nach dem Zusammenhang mit §§ 2, 4 nicht aufrechterhalten werden (dagegen Düringer-Hachenburg § 4 Anm. II). Denn, wäre es richtig, daß nicht Kaufmann nach § 1 Nr. 2 ist, wer ein Be- oder Verarbeitungsgewerbe in großem Umfang aber in handwerksmäßiger Art betreibt, so könnte der in § 4 als möglich vorausgesetzte Fall (KB. 9), daß ein Handwerker, ohne Kleingewerbetreibender zu sein, Minderkaufmann ist, nie vorkommen. Vielmehr wäre, wer in großem Umfang betreibt, entweder

Vollkaufmann nach § 1 Nr. 1, oder aber, wenn § 1 Nr. 1 nicht auf ihn Anwendung fände, Nichtkaufmann, weil weder § 1 Nr. 2, noch § 2 (§ 2 Anm. I c 3) anwendbar wäre. Daher wird man sich streng an den Wortlaut des § 1 Nr. 2 halten und für dessen Anwendung nur den Umfang, nicht auch die Art, des Gewerbebetriebes entscheiden lassen müssen, wobei unter „Umfang des Handwerks" derjenige Umfang des Betriebes zu verstehen ist, bei dessen Überschreitung die handwerksmäßige Art des Betriebes verlassen zu werden pflegt, ohne Rücksicht darauf, ob sie im Einzelfall verlassen ist. Dann ergibt sich:

1. Wer ein Be- oder Verarbeitungsgewerbe in einem über einen Handwerksbetrieb hinausgehenden Umfang betreibt, ist Kaufmann nach § 1 Nr. 2. Aber von der Art des Betriebes ist abhängig, ob er Handwerker oder nicht, und mithin Minderkaufmann oder Vollkaufmann ist.
   α. Wird das über einen handwerksmäßigen Umfang hinausgehende Gewerbe in handwerksmäßiger Art betrieben, so ist § 2 nicht anwendbar (§ 2 Anm. I c 3), und daher nach § 4 der Gewerbetreibende — weil Handwerker — Minderkaufmann (§ 4 Anm. II a).
   β. Wird das über einen handwerksmäßigen Umfang hinausgehende Gewerbe in einer über einen Handwerksbetrieb hinausgehenden Art betrieben, so kann § 4 nicht zur Anwendung kommen, denn wegen des mehr als handwerksmäßigen Umfanges liegt kein „Kleingewerbe" vor (§ 2 Anm. I c 4) und wegen der mehr als handwerksmäßigen Betriebsart ist der Gewerbetreibende nicht „Handwerker" (§ 4 Anm. II b 1) Der Gewerbetreibende ist daher dann Vollkaufmann nach § 1 Nr. 2, und er kann möglicherweise gleichzeitig auch nach § 1 Nr. 1 Kaufmann und, weil nicht Kleingewerbetreibender, Vollkaufmann sein. Für eine Anwendung des § 2, der nur in Betracht kommt, wo nicht schon § 1 anwendbar, ist daher auch in diesem Fall kein Raum.
2. Wer ein Be- oder Verarbeitungsgewerbe in einem nicht über einen Handwerksbetrieb hinausgehenden Umfang betreibt, ist Nichtkaufmann, außer wenn er etwa im Einzelfall nach § 1 Nr. 1 oder aus sonstigem besonderen Grund Kaufmann ist.

XI. **Versicherung gegen Prämie (Nr. 3).** Handelsgrundgeschäft ist nur die Versicherung gegen Prämie, nicht auch die Versicherung auf Gegenseitigkeit, weil es bei der letzteren an der auf Gewinnerzielung gerichteten Absicht fehlt (M. 7, 104, P. 5057, 5064). Indessen bestimmt bezüglich der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit PrivVUntG. § 16 (nicht anwendbar auf solche „kleinere Vereine" nach § 53): „Die in betreff der Kaufleute im ersten und dritten Buche des HGB. gegebenen Vorschriften, mit Ausnahme der §§ 1 bis 7, finden auf die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit entsprechende Anwendung, soweit dieses Gesetz nicht ein Anderes bestimmt." Der Gegenseitigkeitsverein ist daher keine Handelsgesellschaft im engeren Sinn (§ 6 Anm. I a, Str. 58 327). Falls Gegenseitigkeitsvereine Einzahlungen unter dem Namen „Prämie" fordern, so sind dies nicht Prämien im Sinn des HGB., sondern Vorschüsse zur Bestreitung der Ausgaben vorbehaltlich demnächstiger Berechnung des Gewinn- oder Verlustanteils (ROH. 4 201, RG. 14 238). Richtet ein Gegenseitigkeitsverein seinen Gewerbebetrieb nicht nur auf Gegenseitigkeitsversicherung seiner Mitglieder, sondern außerdem auf Versicherung von Nichtmitgliedern gegen Prämie (vgl. PrivVUntG. § 21 Abs. 2), so fällt der letztere Teil seiner Tätigkeit unter § 1 Nr. 3 HGB. (RG. 28 314). Die Nr. 3 setzt nicht voraus, daß bewegliche Sachen versichert sind; daher gehört hierher jede Art der Versicherung, z. B. Hagelversicherung (P. 1290), Versicherung von Gebäuden gegen Feuersgefahr (ROH. 5 12). — Nach PrAGHGB. Art. 5 bedürfen Versicherungsverträge, wenn sie Handelsgeschäfte sind, zu ihrer Gültigkeit nicht der schriftlichen Form.

XII. **Bankier- und Geldwechslergeschäfte (Nr. 4).**

a. **Allgemeines.** Das Geldwechslergeschäft ist eine Art des Bankiergeschäfts, nichts davon Verschiedenes (Düringer-Hachenburg Anm. IX a, Staub Anm. 64, Goldmann B Anm. 2 Ziff. 4 II). Ein Bankgewerbe liegt vor, wenn gewerbsmäßig entweder die Verwaltung fremden Anlagevermögens in Geld oder Wertpapieren übernommen oder der Umsatz von Wertpapieren oder verschiedener Sorten ausländischen oder inländischen Geldes gegen ein-

ander vermittelt oder die Verrechnung von auf Wertpapiere oder Geld gerichteten Forderungen vorgenommen oder Darlehn gegen oder ohne Sicherheit (jedoch anders als nach Art des gewöhnlichen Pfandleihgewerbes) gewährt wird. Dem größeren Teil dieser Geschäftsarten gemeinsam ist die Heranziehung fremder Gelder oder Wertpapiere und deren Rückgabe unter Geben und Nehmen von Zins (vgl. KG. 24 VI 01 EntschFG. 2 176 KGJ. 22 A 287 OLGRspr. 3 415). Im Einzelfall kann das Bankgewerbe mehrere dieser Geschäftszweige umfassen oder sich auf einen beschränken. Die übrigen im Bankgewerbe vorkommenden Geschäfte sind nicht Handelsgrundgeschäfte nach Nr. 4, sondern Hilfshandelsgeschäfte (vgl. § 343). Unerheblich ist, ob der Bankner Einzelperson oder Gesellschaft ist.

b. **Die einzelnen Handelsgrundgeschäfte des Bankgewerbes.**

1. Verwaltung fremden Anlagevermögens. Kein Bankgewerbe liegt in der Verwaltung des eigenen, wenngleich bedeutenden Vermögens. Nicht in der unentgeltlichen Verwaltung fremden Vermögens, z. B. mehrerer Verwandter. Nicht in der Verwaltung eines werbenden Vermögens, z. B. eines kaufmännischen Geschäfts, eines Mietshauses, eines landwirtschaftlich genutzten Grundstücks. Für die Scheidung des Anlagevermögens vom werbenden Vermögen ist maßgebend, ob nach Verkehrsanschauung der betreffende Vermögensgegenstand vorwiegend der Erhaltung des bestehenden oder dem Hinzuerwerb neuen Vermögens dienen soll. Zur Verwaltung des Anlagevermögens gehört namentlich auch die Sorge für sichere Aufbewahrung von Wertpapieren und anderen Wertgegenständen, ferner die Annahme der vorübergehend flüssigen Gelder als Depositen, d. h. zu Eigentum des Bankiers gegen Zinsgewährung.
2. Umsatz von Wertpapieren und Geldsorten. Sowohl, wenn der Bankier als Eigenhändler, wie auch, wenn er als Kommissionär oder als Makler auftritt. Hierzu gehören die Börsentermingeschäfte (vgl. § 1 Anm. IV e), die Geschäfte bei erstmaligem Inverkehrbringen von Wertpapieren (Emissionen), bei Vermittlung von Zeichnung oder Umtausch (Konvertierung), das Geldwechslergeschäft, die Arbitrage. Ankauf von Wertpapieren zum Zweck der Vermögensanlage und Verkauf von Wertpapieren behufs anderweiter Anlage des erhaltenen Kaufpreises sind an sich zwar nicht Bankiergeschäfte (RG. 24 VI 89 JW. 344 [4]), werden jedoch zu solchen, wenn sie gewerbsmäßig betrieben werden.
3. Verrechnung von Forderungen, die auf Wertpapiere oder Geld gerichtet sind. Hierzu gehört der Betrieb der Verechnungs-(clearing-)häuser, z. B. des Berliner Kassenvereins. Ebenso die Unterhaltung eines Scheck- und Anweisungsverkehrs. Endlich auch der Giroverkehr. Nicht Sache der Girobank ist es, die bei ihr einlaufenden Überweisungsaufträge auf ihre Rätlichkeit zu prüfen; sie ist Kassenhalterin nicht Ratgeberin ihrer Girokunden (RG. 54 333). Die Umbuchung in den Büchern der Bank, ohne hinzukommende Mitteilung, hat bereits die Wirkung einer Mehrung bezw. Minderung der Forderung des betreffenden Girokunden (RG. 54 332). Die bloße Abschreibung auf dem Konto des Girozahlers kommt dem Giroempfänger noch nicht zugut (OLG. Hamburg 3 XI 02 OLGRspr. 6 77). Für Verzögerung in Vollziehung der Überweisung haftet die Girobank (RG. 54 333). Eine auf Grund gefälschten Umschreibungsauftrags erfolgte Umschreibung braucht der Girokunde nicht gegen sich gelten zu lassen, sofern er sie nicht verschuldet hat (RG. 56 411). Ist nach den zugrund gelegten Girobedingungen das Konto in bestimmten Zwischenräumen abzustimmen, so braucht der Girokunde zwar nicht persönlich die Vergleichung vorzunehmen, hat jedoch nach BGB. § 278 das Verschulden desjenigen zu vertreten, dessen er sich hierzu bedient (RG. 56 413). Vgl. auch Brodmann, Zur Lehre vom Girovertrage ZHR. 48 121; Klein, Die Zahlungseinstellung des Girokunden ZHR. 55 181.
4. Darleihen gegen oder ohne Sicherheit. Hierher gehört die Einräumung von Kredit, die Diskontierung von Wechseln, das Lombardgeschäft. Indessen wohl nicht dann, wenn der Geschäftsherr nur mit eigenem Kapital wirtschaftet und kein fremdes Kapital heranzieht (zweifelnd ROH. 24 36). Ein mit Sparkassenbetrieb verbundenes Darlehnsgewerbe ist Bankgeschäft (KG. 24 VI 01 EntschFG. 2 176). Die Geschäfte der

Personen, die statt des Eigentümers die Baugelderraten von den Baubanken in Empfang nehmen und an die Bauhandwerker verteilen, sind Bankiergeschäfte, wenn die Tätigkeit gewerbsmäßig geschieht, und die Absicht auf Gewinn durch diese Tätigkeit (nicht nur durch damit zusammenhängende Grundstücksspekulationen) geht (RG. 38 20). — Das gewöhnliche Pfandleihgewerbe wird nach der für die Auslegung des § 1 Nr. 4 maßgebenden Verkehrssitte nicht zu den Bankgeschäften gerechnet (ROH. 24 37, KG. 29 II 04 EntschFG. 4 154 KGJ. 27 A 201 OLGRspr. 8 379); doch kann der Pfandleiher eintragungspflichtig nach § 2 sein (§ 2 Anm. I d). Das Pfandleihgewerbe unterscheidet sich von dem zu den Bankgeschäften gehörenden Lombardgeschäft nur durch den beliehenen Gegenstand. Der Pfandleiher beleiht hauptsächlich Gebrauchsgegenstände, der Bankier vornehmlich Wertpapiere, Edelmetalle und Handelswaren (ROH. 24 37, KG. 29 II 04 EntschFG. 4 157 KGJ. 27 A 205). Der mit dem Pfandleihgewerbe in der Regel verbundene Verkauf der verfallenen Gegenstände fällt nicht unter § 1 Nr. 1 (zweifelnd KG. a. a. O.), weil die eigentliche Verpfändung nicht Anschaffung ist (oben Anm. IX a 2).

XIII. **Beförderungsgewerbe (Nr. 5).** Die Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten sind nicht Kaufmann (§§ 452, 663).

a. **Beförderung von Gütern zur See.** Vgl. §§ 556 ff.

b. **Beförderung von Reisenden zur See.** Vgl. §§ 664 ff.

c. **Geschäfte der Frachtführer.** Frachtführer ist der gewerbsmäßige Beförderer von Gütern zu Land oder auf Binnengewässern (§ 425).

d. **Geschäfte der zur Beförderung von Personen zu Land oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten.** Nur Anstalten, nicht auch kleinere Unternehmungen, gehören hierher. So z. B. Omnibus-, Droschken-, Straßenbahn-, Dampfschiffunternehmungen. Das Wort „Anstalten" weist nicht nur auf einen größeren Umfang des Betriebes, sondern auch auf eine mehr kaufmännische Betriebsart hin (P. 1294). Nicht unter § 1 Nr. 5 fallen z. B. die Geschäfte der einfachen Lohnkutscher.

e. **Schleppschiffahrtsunternehmer.** In der Kommission war der Antrag gestellt, nur die Geschäfte der „größeren" Schleppschiffahrtsunternehmer für Handelsgrundgeschäfte zu erklären; es kämen z. B. im Hafenverkehr auch kleine Petroleumbarkassen, keine Schleppbote usw. vor, die sich nicht als kaufmännische Betriebe darstellten. Die Kommission war indessen der Ansicht, daß derartigen Kleinbetrieben durch § 4 Abs. 1 hinreichend Rechnung getragen sei (KB. 5). In welchen Fällen der Schleppvertrag eine Art des Frachtvertrages, in welchen anderen er Dienst- oder Werkvertrag ist, vgl. § 425 Anm. II e 4.

XIV. **Kommissionäre, Speditöre, Lagerhalter (Nr. 6).** Kommissionär vgl. § 383 Anm. VII, VIII, § 406 Anm. III. Speditör vgl. § 407 Anm. II. Lagerhalter vgl. § 416 Anm. II. Über den buchhändlerischen Kommissionär vgl. § 383 Anm. VI g, über den Kommissionsverlag vgl. § 383 Anm. VI e 3, über den Anzeigenspeditör vgl. § 413 Anm. V, über Zeitungsdebit vgl. § 425 Anm. II e 5.

XV. **Handlungsagenten, Handelsmakler (Nr. 7).** Handlungsagent vgl. § 84 Anm. II. Handelsmakler vgl. § 93 Anm. III. Kursmakler kann nur sein wer „Handelsmakler" ist (§ 93 Anm. I b 1), er betreibt daher ein Handelsgewerbe (BörsG. § 32 Abs. 2: „kein sonstiges Handelsgewerbe"). In der D. 11 ist bemerkt: „Andere Arten der gewerbsmäßigen Geschäftsvermittelung als diejenige der Agenten und Mäkler rechnet der Entwurf nicht zum Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2. Wollte man entsprechend der bisherigen Bestimmung jede gewerbsmäßige Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften dahin zählen, so würde dies mit Rücksicht auf den dem § 334 des Entwurfs (HGB. § 343) zugrunde liegenden Begriff der Handelsgeschäfte zu dem Ergebnisse führen, daß die Vermittlung von Geschäften, die zum Gewerbebetrieb eines Kaufmanns gehören, auch für den Vermittler die Eigenschaft als Kaufmann begründe. Dies ist aber in solcher Allgemeinheit keine genügende Grundlage für die Anerkennung der Kaufmannseigenschaft. Es ist z. B. nicht abzusehen, weshalb die gewerbsmäßige Vermittlung von Mietsverträgen, wenn sie sich auf die Miete von Läden oder sonstigen Geschäftsräumen erstreckt, als Handelsgewerbe gelten sollte, während die Vermittlung der Miete von Wohnungen diese Wirkung nicht hätte, oder weshalb ein Auktionator Kaufmann sein

sollte, wenn die von ihm zur Versteigerung gebrachten Waren im Eigentume von Kaufleuten stehen oder von solchen erstanden werden, wogegen er im anderen Falle kein Kaufmann wäre. Neben der ergänzenden Vorschrift des § 2 wird es auch an jedem Bedürfnisse fehlen, die Tätigkeit anderer Geschäftsvermittler als der Handlungsagenten und Handelsmäkler unter die Grundhandelsgeschäfte aufzunehmen."

XVI. **Geschäfte des Buch- und Kunsthandels; insbesondere Verlagsgeschäfte (Nr. 8).** Darunter fallen alle Geschäfte des Verlags- und Sortimentsbuchhandels, des Verlags von Zeitungen, Zeitschriften, Zeichnungen, Musikalien und Kunstwerken aller Art (P. 1296), dagegen nicht die Geschäfte der Leihbüchereien (ROH. 23 400; vgl. oben Anm. IXc). Auch das Verlegen der eigenen Werke kann unter Umständen als Gewerbebetrieb geschehen (RG. 5 69). Die wesentliche Tätigkeit des Verlegers besteht in der Vornahme der erforderlichen Arbeiten für Herstellung des Buchs und im Ausbieten zum Verkauf; gleichgültig ist, ob er das zu bedruckende Papier anschafft oder selbst herstellt, ob er den Druck selbst vornimmt oder durch andere vornehmen läßt, und ob er „Verlagsverträge" über das Recht auf den Inhalt des Buchs (Urheberrecht) abschließt oder den Inhalt ohne solche Verträge entnimmt; alle letzterwähnten Geschäfte, wenn im Einzelfall abgeschlossen, gehören aber zu den Verlagsgeschäften (RG. 5 68). Zu den Verlagsgeschäften gehört auch der Kommissionsverlag (ROH. 16 252); ob der Kommissionsverlagsvertrag Kommissionsgeschäft ist, vgl. § 383 Anm. VIe. — Das Verlagsrecht ist geregelt durch G. 19 VI 01 (RGBl. 217).

XVII. **Druckerei, wenn über den Umfang des Handwerks hinausgehend (Nr. 9).** Unerheblich ist, ob der bedruckte Stoff Papier oder ein anderer, z. B. Pergament, Seide, Kattun, ist. Ebenso, welches der Inhalt des Druckes ist, ob Worte, Noten, Bilder, Verzierungen, Warenzeichen, Tapetenmuster. Auch, ob in schwarz oder in anderer Farbe, in nur einer oder gleichzeitig in mehreren gedruckt wird. Endlich auch, welches das genaue Verfahren bei Ausführung des Druckes ist. Zu den Druckereien gehören daher z. B. die lithographischen Anstalten. Ebenso — nach der jetzigen Fassung, in welcher die Nr. 9 von der Nr. 8 getrennt ist — die Zeug- oder Kattundruckereien und die Tapetenfabriken (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. XIV, Staub Anm. 76, Lehmann Nr. 70, Goldmann zu Ziff. 9). Auch die photographischen Anstalten sind hierher zu rechnen (Düringer-Hachenburg Anm. XIV). Über den Umfang des Handwerks hinausgehend vgl. oben Anm. Xd.

§ 2.

Handelsgewerbe durch Art und Umfang.

Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen.

ADH. — **Entw. I** § 2. **Entw. II** § 2.

I. **Gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.**

a. **Gewerbliches Unternehmen.** Dieser Ausdruck ist gleichbedeutend mit dem in § 1 gebrauchten Ausdruck „Gewerbebetrieb". Vgl. daher § 1 Anm. II, IVd. Nur deutet „Unternehmen" auf einen etwas größeren Umfang (ähnlich wie „Anstalt" in § 1 Nr. 5), hat jedoch keine selbständige Bedeutung, da auch in dem ausdrücklichen Zusatz „das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert" auf einen größeren Umfang hingewiesen ist. — Unerheblich ist, ob der Unternehmer eine Einzelperson oder eine Personenvereinigung ist. Ob ein nichtrechtsfähiges Gebilde als solches Unternehmer sein kann, vgl. § 1 Anm. IVd 3. Auf Bergwerksgesellschaften ohne

juristische Persönlichkeit findet § 2 keine Anwendung (EGHGB. Art. 5). Gegenseitigkeitsversicherung ist kein Gewerbe (§ 1 Anm. IIa 1), § 2 findet daher auf sie keine Anwendung (PrivVUntG. § 16).

b. **In kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb.** Die Einrichtung verschiedener kaufmännischer Geschäftszweige ist sehr verschieden; als das Wesentliche und daher Gemeinsame der kaufmännischen Geschäftsbetriebe wird die kaufmännische Buchführung (vgl. §§ 38 ff.) anzusehen sein.

c. **Nach Art und Umfang erfordernd.**

1. Erfordernd. Das Unternehmen muß einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. Damit ist nur gemeint, daß bei dem betreffenden Betrieb genügende Übersichtlichkeit des Vermögensstandes und geordnete Erledigung der einzelnen Geschäfte sich ohne kaufmännische oder diesen gleichwertige Betriebseinrichtungen nicht erzielen lassen. Dagegen liegt im Sinn des § 2 das Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes auch dann vor, wenn der Geschäftsherr den Betrieb nach dem Muster staatlicher Unternehmungen einrichtet oder sonst durch andere als kaufmännische Einrichtungen die nötige Übersicht und Ordnung erzielt oder erzielen kann (KG. 23 IX 01 EntschFG. 2 227 KGJ. 23 A 83). Unerheblich ist auch, ob der betreffende Gewerbetreibende die Buchführung versteht, Zeit zur Buchführung hat und Geld zu deren Einführung aufwenden müßte (KG. 13 V 01 EntschFG 2 133 OLGRspr. 3 406). Der § 2 ist nicht anwendbar, wenn der Betrieb kaufmännisch eingerichtet ist, ohne daß er eine solche Einrichtung erfordert (Staub Anm. 6). Umgekehrt ist § 2 anwendbar, wenn der Betrieb nicht kaufmännisch eingerichtet ist, aber — falls nicht seine Art entgegensteht — nach seinem Umfang eine solche Einrichtung erfordert. Dagegen läßt sich nicht sagen, daß § 2 auch anwendbar sei, wenn der Betrieb nicht kaufmännisch eingerichtet ist, aber — falls nicht sein geringer Umfang entgegensteht — nach seiner Art eine solche Einrichtung erfordert; denn hierbei wäre das Gesuchte vorausgesetzt. Zwar kann man vorschreiben, daß ein bestimmter Betriebsumfang eine kaufmännische Betriebsart erfordere; nicht aber, daß eine nichtkaufmännische Betriebsart eine kaufmännische Betriebsart erfordere. Insoweit erscheint der Eingang des § 2 unrichtig gefaßt und wird daher auszulegen sein wie wenn er lautete:

   „Ein gewerbliches Unternehmen, das in kaufmännischer Art betrieben wird und nach seinem Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, . . ."

2. „Und". Der § 2 stellt das doppelte Erfordernis auf, daß sowohl nach Art wie nach Umfang das Unternehmen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern muß (KG. 29 X 00 EntschFG. 1 191 OLGRspr. 2 143, 11 III 01 OLGRspr. 2 396, 20 XI 00 KGBl. 01 18, 10 XII 00 KGJ. 21 A 71, 25 XI 01 KGBl. 02 28; dagegen Staub Anm. 7, Opet ZHR. 49 52 Anm. 2). Der Umstand, daß hohe Gewerbesteuer gezahlt wird, genügt daher für sich allein noch nicht für die Unterstellung des betreffenden Betriebes unter § 2 (KG. 11 III 01 OLGRspr. 2 395).

3. Art. Das Gewerbe muß, damit § 2 Anwendung findet, zu einer Art gehören, die unter Umständen — nämlich, wenn das Merkmal eines genügenden Umfanges hinzukommt — einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Oder klarer in verneinender Fassung: der § 2 ist nicht anwendbar auf Gewerbe, die in keinem Fall, selbst nicht bei großem Umfang, einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. In dieser Hinsicht kommen namentlich folgende Arten von Betrieben in Betracht:

   a. Handwerk. Unter Handwerk ist ein Betrieb zu verstehen, der in handwerksmäßiger Art erfolgt, ohne Rücksicht, ob der Umfang ein kleiner oder ein großer ist (§ 4 Anm. IIa). Ist der Umfang ein kleiner, so kann die Anwendung des § 2 ohnedies nicht in Frage kommen (unten zu 4). Aber auch, wenn der Umfang ein großer, ist § 2 nicht anwendbar. Denn, wollte man den § 2 auf einen Betrieb handwerksmäßiger Art aber großen Umfanges anwenden, so würde in § 4 die be-

sondere Erwähnung der Handwerker (ohne Rücksicht auf Betriebsumfang) neben den Kleingewerbetreibenden nicht mehr erklärlich sein, weil dann jeder Großgewerbetreibender, auch wenn er Handwerker ist, eintragungspflichtig nach § 2 wäre, und mithin § 4 nur noch auf diejenigen Handwerker, die Kleingewerbetreibende (und außerdem Kaufleute) sind, anwendbar bliebe. Darum muß § 2 so ausgelegt werden, daß durch die Worte „nach Art“ ausgedrückt werden sollte, ein in handwerksmäßiger Art tatsächlich geführter Betrieb erfordere, selbst bei großem Umfang nicht einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb. Die Eigenschaft des Unternehmers als eines Handwerkers hindert daher die Anwendung des § 2 (dagegen RG. 20 XI 00 RGBl. 01 19, 9 XI 03 RGJ. 27 A 63, OLG. Naumburg HoldheimsMSchr. 04 125); selbst bei erheblichem Betriebsumfang fällt der Handwerker nicht unter § 2 (RG. 29 X 00 EntschFG. 1 191, 10 XII 00 RGJ. 21 A 70, ObLG. München 16 I 03 OLGRspr. 6 234; dagegen RG. 9 XI 03 RGJ. 27 A 61). So auch, wenn der große Handwerksbetrieb den Umfang eines kleines Fabrikbetriebs annimmt (ObLG. München 11 XII 03 EntschFG. 4 104 RGJ. 27 A 301). Über den Begriff des Betreibens „in handwerksmäßiger Art“ vgl. § 1 Anm. X d, § 4 Anm. II a. — Betreibt jemand, der sich als Handwerksmeister bezeichnet, sein Gewerbe in einer über die handwerksmäßige Art hinausgehenden Weise, so wird er in der Regel Kaufmann nach § 1 Nr. 1, 2 oder 9 sein. Ist er dies ausnahmsweise nicht, so kann § 2 auf ihn Anwendung finden. So wurde z. B. ein Maurermeister als unter § 2 fallend angesehen (dagegen vgl. § 1 Anm. IX d 3, X b, d), wenn er in erheblichem Betrag Baustoff anschafft und hierfür Stundung gegen Wechsel in Anspruch nimmt (RG. 20 XI 00 RGBl. 01 19) oder auch ohne Wechselverkehr Bauwerke herstellt und veräußert (RG. 30 III 03 OLGRspr. 7 146); dagegen als nicht unter § 2 fallend, wenn die Besteller die Baustoffe liefern, die Ausgaben sich im wesentlichen auf Lohnzahlungen beschränken und kein Wechselverkehr stattfindet (RG. 20 XI 00 RGBl. 01 19).

β. Wissenschaftlicher oder künstlerischer Beruf, staatliches, gemeindliches oder kirchliches Amt. Ein hierunter fallender Betrieb ist in der Regel nicht Gewerbe (§ 1 Anm. II a 4). Ist aber ausnahmsweise der Betrieb ein gewerbsmäßiger, so wird der Betreibende meist Kaufmann nach § 1 Nr. 1 sein. In beiden Fällen kann daher die Anwendbarkeit des § 2 kaum je in Frage kommen. Daß § 2 solche Ausnahmefälle von der Anwendung seiner Bestimmungen ausschließen wollte, ist nicht anzunehmen (dagegen Düringer-Hachenburg Note III). Tanz-, Turn- oder Schwimmunterrichtsanstalten werden — ebenso wie andere Unterrichtsanstalten — entweder im Einzelfall nicht Gewerbebetriebe sein (§ 1 Anm. II a 4) oder aber, wenn im Einzelfall dennoch Gewerbebetrieb vorliegt, dem § 2 unterstehen (dagegen Lehmann Nr. 5).

γ. Land- oder Forstwirtschaft. Der § 2 findet auf diese Betriebe nicht Anwendung; dies folgt indessen ohnedies aus § 3 Abs. 1, selbst wenn es nicht aus den Worten „nach Art“ in § 2 abzuleiten wäre. Auf Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft findet § 2 Anwendung, soweit nicht § 3 Abs. 2 Abweichendes bestimmt.

δ. Unternehmen öffentlicher Körperschaften. Ebensowenig wie von der Anwendbarkeit des § 1 (vgl. § 1 Anm. IV d 2) sind derartige Unternehmungen von der Anwendbarkeit des § 2 ausgeschlossen.

ε. Gewerbe, deren Gegenstand unbewegliche Sachen sind, unterliegen dem § 2 (unten zu d).

Hiernach ergibt sich, daß die in den Worten „nach Art“ enthaltene Einschränkung, soweit sie über § 3 Abs. 1 hinausreicht, nur auf den Gegensatz zur handwerksmäßigen Betriebsart zu beziehen ist. — Daneben ist allerdings die fernere, aber in § 2 nicht erwähnte, Einschränkung zu machen, daß § 2 unanwendbar ist auf Betriebe, bezüglich deren mit Rücksicht auf die Vereinigungsform des Betreibers Sondervorschriften über ihre Verpflichtung oder Nichtverpflichtung zur Eintragung bestehen. So

nicht auf Eingetragene Genossenschaften und nach PrivVUntG. § 16 auch nicht auf Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

4. Umfang. Die Worte „nach Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordernd" in § 2 sind gleichbedeutend mit den Worten „über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehend" in § 4 (D. 12 zu § 2: es erscheine nicht ratsam, „die Gesellschaftsformen des Handelsrechts jedermann, also auch den Kleingewerbetreibenden, zugänglich zu machen", D. 18: „. . . wenn sein Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, also wenn bei ihm zugleich die Voraussetzungen des § 2 vorliegen"). Die erwähnten, in § 4 gebrauchten Worte (und mithin auch die in § 2 gebrauchten) sind aber auch gleichbedeutend mit den Worten „über den Umfang des Handwerks hinausgehend" in § 1 Nr. 2, 9. Denn sonst würde der Fall vorkommen können, daß ein seiner Art nach mehr als handwerksmäßiger Be- oder Verarbeitungsbetrieb zwar über den Umfang des Handwerks hinausgeht, aber, weil nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehend, dennoch nicht eintragungspflichtig ist. — Daher ist über den Begriff des Erforderns eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs § 1 Anm. X d, § 4 Anm. III zu vergleichen. Ein Kleingewerbetreibender kann nie eintragungspflichtig nach § 2 sein. — Für die Beantwortung der Frage, ob ein gewerbliches Unternehmen nach Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, kommen in Betracht der Umsatz (Ausgaben für Anschaffungen und Löhne, Einnahmen), Ertrag, Anlage- und Betriebskapital (als Anhalt für Ertrag und Kapital die Gewerbesteuer), Größe, Beschaffenheit und Einrichtung der dem Betrieb dienenden Räumlichkeiten, Art und Beschaffenheit der gewerblichen Hilfsmittel, Werkzeuge und Maschinen, Zahl und Ausbildungsgrad der im Betrieb beschäftigten Personen, Zahl der Lieferer und der Kunden, mehr oder minder verwickelte Gestaltung der Beziehungen zu ihnen und zu den Angestellten, Umfang des gegebenen und in Anspruch genommenen Kredits und des Wechselverkehrs (KG. 9 XI 03 KGJ. 27 A 64).

d. **Beispiele** von Gewerbszweigen, die unter § 2 fallen können: Veräußerung selbstgewonnener Rohstoffe in unbearbeitetem Zustand, z. B. Bergbau, Betrieb eines Bruches oder einer Saline (D. 6), Fischerei, soweit nicht unselbständiger Teil der Landwirtschaft. Veräußerung selbstgewonnener Rohstoffe in bearbeitetem Zustand, z. B. Ziegelei, Rübenzuckerfabrik (D. 6). Auskunftei (D. 6, vgl. KG. 8 V 01 KGBl. 97). Mietbücherei (D. 6) und sonstige Mietanstalten. Bauunternehmen (D. 6) und Bauhandwerk, insoweit sie nicht unter § 1 fallen (hierüber vgl. § 1 Anm. IX d 3, X b, d). Handel mit Grundstücken (D. 6, KG. 9 XI 03 KGJ. 26 A 209; dagegen Marcus in HoldheimsMSchr. 03 197), insbesondere Ankauf von Grundstücken und Veräußerung nach Zerteilung (KG. 20 VI 04 OLGRspr. 9 238). Größeres Theaterunternehmen (KG. 26 X 03 KGJ. 26 A 215 OLGRspr. 8 247; vgl. § 1 Anm. II a 4). Pfandleihgewerbe (KG. 29 II 04 EntschFG. 4 154 KGJ. 27 A 201 OLGRspr. 8 379); es fällt nicht unter § 1 Nr. 4 (§ 1 Anm. XII b 4). Anzeigenvermittlung. Wohnungsvermittlung. Stellenvermittlung (dagegen Lehmann Nr. 5). Aufkauf und Einziehung von Forderungen und Einziehungsvermittlung.

II. **Eintragungspflicht.** Die Gewerbetreibenden, deren Betrieb den im § 2 bezeichneten Voraussetzungen entspricht, sind nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Eintragung in das Handelsregister zu verlangen und sind hierzu durch Ordnungsstrafen anzuhalten (D. 11). Andererseits darf eine Eintragung nur stattfinden, wenn — abgesehen von den Fällen des § 1 — die Voraussetzungen des § 2 gegeben sind (D. 12). Betreibt ein Verein, so sind die Vorstandsmitglieder, betreibt eine Gesellschaft (im Sinn des BGB.) oder sonstige Gemeinschaft, so sind die sämtlichen Gemeinschafter verpflichtet zur Bewirkung der Eintragung. Bei Anmeldungen auf Grund des § 2 ist die Prüfungspflicht des Registerrichters keine umfangreichere als bei Anmeldungen auf Grund des § 1 (abweichend Düringer-Hachenburg Note V); in der Anmeldung sind daher die Tatsachen zu behaupten, aus denen das Vorliegen der in Anm. I hervorgehobenen Merkmale hervorgeht, diese Behauptungen sind aber vom Registerrichter als wahr zu unterstellen, falls nicht besondere Zweifelsgründe vorliegen (§ 12 Anm. VI a 2).

III. **Wirkung der erfolgten Eintragung**: das Unternehmen „gilt, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs".

a. **Begründende** Wirkung. Erst die Eintragung begründet im Fall des § 2 die Eigenschaft des Gewerbes als eines Handelsgewerbes; es ist nicht Handelsgewerbe, solange es nicht eingetragen ist. Die Gewerbetreibenden des § 2 sind Sollkaufleute (§ 1 Anm. V b 1), sie sind Kaufleute nur, nachdem die Eintragung erfolgt ist. Wie entsprechend in anderen Fällen begründender Eintragungen (vgl. z. B. § 200 mit § 309), reicht aber auch hier die Wirkung nicht so weit, daß jedes auf Grund des § 2 im Handelsregister eingetragene Gewerbe hierdurch zum Handelsgewerbe wird. Vielmehr ist es trotz Eintragung nicht Handelsgewerbe, wenn die sachlichen Voraussetzungen für die Eintragung (oben Anm. I) nicht vorliegen; indessen enthält § 5 eine Abschwächung dieser Folgerung. Über die Unterscheidung der in § 2 bestimmten Wirkung der Eintragung von der in § 5 bestimmten vgl. § 1 Anm. III a, § 5 Anm. II b. — Die Wirkung ist an die Eintragung geknüpft. Welche Wirkung einer hinzukommenden Bekanntmachung zukommt, ist durch § 15 geregelt. Über die Wirkung des Geschäftebeginns einer offenen Handelsgesellschaft, die ein unter § 2 fallendes Gewerbe betreibt, vgl. § 123 Anm. III c; über die Wirkung des Geschäftebeginns einer solchen Kommanditgesellschaft vgl. § 176 Anm. II e.

b. **„Gilt als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs."** „Gilt" vgl. § 1 Anm. III a. „Im Sinne dieses Gesetzbuchs" vgl. § 1 Anm. IV a. „Handelsgewerbe" vgl. § 1 Anm. I. Unerheblich ist, ob nach der Verkehrsanschauung das Unternehmen dem Handel zugerechnet wird (KG. 14 I 01 EntschFG. 2 25 KGJ. 21 A 250). Die Zulegung der Eigenschaft als Handelsgewerbe hat unter anderem die Folge (§ 105 Anm. II c), daß eine Gesellschaft, deren Zweck der Betrieb eines unter § 2 fallenden Gewerbes ist, offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft sein kann. Und zwar für das innere Verhältnis der mehreren Gesellschafter zueinander schon vor Eintragung (§ 105 Anm. II a).

c. **„Auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen."** Diese Worte sollen nur ausdrücken, daß ein Handelsgewerbe nicht nur nach § 1, sondern auch nach § 2 bestehen kann. Sie haben daher keine selbständige Bedeutung. Nicht etwa ist mit dem Wort „auch" gemeint, daß § 2 die umfassendere, auch die Fälle des § 1 einschließende Bestimmung sei, so daß in einem Einzelfall gleichzeitig § 1 und § 2 anwendbar sein könnten. Vielmehr kann die Anwendung des § 2 nur in Frage kommen, wenn im Einzelfall § 1 nicht anwendbar ist.

IV. **Löschung.** Der Unternehmer ist zum Antrag auf Löschung verpflichtet, sobald dauernd nicht mehr die Voraussetzungen (oben Anm. I) vorliegen, die das Recht zur Eintragung begründeten (§ 31 Anm. III b). Über die Wirkungen einer nichtsdestoweniger fortdauernden Eintragung bestimmen §§ 5, 15. Durch Löschung erlischt die etwa bis dahin noch bestehende Kaufmannseigenschaft, auch wenn die Löschung zu Unrecht erfolgte (§ 5 Anm. III); der Gewerbetreibende ist aber in diesem Fall verpflichtet zur Wiederanmeldung (Staub Anm. 14).

§ 3.

Land- und Forstwirtschaft. Nebengewerbe.

Auf den Betrieb der Land- und Forstwirthschaft finden die Vorschriften der §§ 1, 2 keine Anwendung.

Ist mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirthschaft ein Unternehmen verbunden, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirthschaftlichen Betriebs darstellt, so findet auf dieses der § 2 mit der Maßgabe Anwendung, daß der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen; werden in dem Nebengewerbe Geschäfte der im § 1 bezeichneten Art geschlossen, so gilt der Betrieb dessenungeachtet nur dann als Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer von der Befugniß, seine Firma gemäß

§ 2 in das Handelsregister eintragen zu lassen, Gebrauch gemacht hat. Ist die Eintragung erfolgt, so findet eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften statt, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten.

ADH. — Entw. I § 3. Entw. II § 3.

I. **Land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb (Abs. 1).** Das frühere ADH. erreichte den Ausschluß der Geschäfte der Land- und Forstwirtschaft vom Gebiet des Handelsrechts dadurch, daß nach ihm der Verkauf selbstgewonnener Waren und der Handel mit Grundstücken nicht Handelsgeschäft war. Beides ist durch den jetzigen § 2 HGB. geändert. Infolgedessen war nunmehr die ausdrückliche Vorschrift des § 3 Abs. 1 erforderlich, daß die Anwendung des § 2 auf solche Betriebe ausgeschlossen sein solle. Nach früherem Recht begründete andererseits der Abschluß von Handelsgrundgeschäften die Kaufmannseigenschaft, selbst wenn der Abschluß im Betrieb der Land- oder Forstwirtschaft erfolgte. Dies ist geändert durch die Vorschrift des § 3 Abs. 1, daß § 1 keine Anwendung finden solle, und durch die Bestimmung des § 3 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2. Sind Handelsgrundgeschäfte Bestandteil des Hauptbetriebes der Land- oder Forstwirtschaft (unten Anm. II a 3 α) oder Gegenstand eines wenig umfangreichen Nebengewerbes, so wird der Betrieb hierdurch niemals zum Handelsgewerbe (§ 3 Abs. 1); sind die Handelsgrundgeschäfte Gegenstand eines umfangreichen Nebengewerbes der Land- oder Forstwirtschaft, so wird das Nebengewerbe zum Handelsgewerbe, wenn der Gewerbetreibende von seinem Eintragungsrecht Gebrauch macht, andernfalls nicht (unten Anm. II b); nehmen endlich die Handelsgrundgeschäfte oder die sonstigen Geschäfte des gleichzeitig betriebenen Gewerbes einen solchen Umfang an, daß sie als Hauptgewerbe sich darstellen (vgl. unten Anm. II a 3 β), so finden auf sie §§ 1, 2 HGB. Anwendung, selbst wenn nebenbei auch Land- oder Forstwirtschaft betrieben wird (KB. 8). — Unerheblich für die Anwendung des § 3 ist, ob der Betreibende Eigentümer der Grundstücke ist (§ 1 Anm. IV d 1).

II. **Nebengewerbe** eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs **(Abs. 2).**

a. **Begriff** des eintragungsfähigen Nebengewerbes.

1. „Des", d. h. des betreffenden einzelnen land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes Nebengewerbe muß das Unternehmen sein. Der § 3 Abs. 2 des Entw. II lautete im Eingang: „Ist mit dem Betriebe der Land- und Forstwirtschaft ein Nebengewerbe verbunden, so findet . . ." Nach KB. 8 stellte sich ein Einverständnis der Kommission darüber fest: „Es kämen in erster Reihe solche Betriebe in Frage, welche zur weiteren Verarbeitung der Erzeugnisse der Land- und Forstwirtschaft ausschließlich oder der Hauptsache nach dienen, oder solche Betriebe, in denen im Nebengewerbe ausschließlich oder in der Hauptsache auf dem Eigentum des Gewerbeunternehmers erzeugte oder vorhandene Bestandteile zur Gewinnung oder Verarbeitung gelangen." In der ersten Lesung der Kommission wurde der Antrag angenommen, als Abs. 3 aufzunehmen: „Als Nebengewerbe ist nur ein solches Unternehmen anzusehen, welches ausschließlich oder der Hauptsache nach zur weiteren Verarbeitung der Erzeugnisse der mit dem Nebengewerbe verbundenen Land- und Forstwirtschaft dient." Bei der zweiten Lesung der Kommission einigte man sich auf die mit der jetzigen Fassung des Gesetzes übereinstimmende Fassung der Redaktionskommission. — Hiernach bestimmte der in der ersten Lesung angenommene Antrag den Begriff des Nebengewerbes so, daß nur der zweite Teil dessen, worüber die Kommission nach dem KB. angeblich als von jenem Begriff umfaßt, einverstanden war, dadurch gedeckt wird. In der Tat kann man als Nebengewerbe nicht einen Betrieb ansehen, der zur Verarbeitung von Erzeugnissen der Land- und Forstwirtschaft überhaupt, gleichgültig wer sie erzeugt hat, dient (auch wenn der Gewerbetreibende zugleich Landwirt ist), sondern nur einer solchen, bei dem die verarbeiteten Waren im wesentlichen von dem Gewerbetreibenden selbst in seinem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb gewonnen sind.

2. Sachlicher Zusammenhang zwischen Haupt- und Nebenbetrieb ist erforderlich. Weder genügt ein nur persönlicher Zusammenhang (vgl. ROH. 11 342),

z. B. wenn ein Gutsbesitzer nebenbei auch Bankgeschäfte betreibt, noch eine sonstige zufällige Berührung, z. B. örtliche Nachbarschaft der Betriebsstätten. „Nebengewerbe“ ist nicht gemeint im Sinn des räumlich gleichberechtigten Nebeneinanderstehens, sondern im Sinn einer infolge Unselbständigkeit erforderlichen seitlichen Anlehnung. Mithin gehören hierher nur solche Gewerbe, bei denen entweder die im Hauptgewerbe gewonnenen Waren einer ferneren, sie wertvoller machenden Be- oder Verarbeitung unterzogen werden, oder solche, die dazu dienen sollen, die im Hauptgewerbe gewonnenen Abfälle nutzbar zu machen, solche also, bei welchen der eigene land- und forstwirtschaftliche Betrieb den einzigen oder hauptsächlichen Stützpunkt für das Nebengewerbe bildet (RG. 1 267), nicht aber solche, bei denen der Gewerbetreibende erst den Hauptteil der zu verarbeitenden Waren, auch wenn sie land- oder forstwirtschaftlich erzeugt sind, von anderen Personen erwerben muß. Kein Nebengewerbe ist daher z. B. eine auf dem Gut betriebene größere Ziegelei, wenn der Ton nur zu einem Drittel des Werts dem Gut, zu zwei Dritteln des Werts aber dem hinzugepachteten, nicht landwirtschaftlich bewirtschafteten fremden Land entnommen wird (KG. 22 II 04 EntschFG. 4 151 KGJ. 27 A 207). Dagegen verliert das Gewerbe nicht die Eigenschaft als Nebengewerbe schon dadurch, daß ein verhältnismäßig kleiner Wertteil der zur Verarbeitung oder als Zutaten erforderlichen Stoffe durch mit Dritten abgeschlossene Anschaffungsgeschäfte bereitgestellt wird (KG. 3 VI 01 EntschFG. 2 138 KGJ. 22 A 86 OLGRspr. 3 404, ObLG. München 9 V 03 OLGRspr. 7 380).

3. Nebengewerbe. Darin liegt, daß der Betrieb einerseits nicht nur Bestandteil des land- oder forstwirtschaftlichen Hauptbetriebes, andererseits nicht ein von dem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb zu unterscheidender Hauptbetrieb sein darf.

α. Nicht nur Bestandteil des Hauptbetriebes. Bestandteil des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes ist nicht nur die Gewinnung, sondern unter Umständen auch die in einfachen Formen ausgeführte erstmalige Herrichtung oder Bearbeitung tierischer und pflanzlicher Rohstoffe (vgl. KG. 3 VI 01 EntschFG. 2 136 KGJ. 22 A 85 OLGRspr. 3 402). Nicht Bestandteil sondern Nebengewerbe ist dagegen die gewerbsmäßige Gewinnung und Verarbeitung anorganischer Rohstoffe (KG. a. a. O.). Doch berücksichtigt § 3 Abs. 2 überhaupt nur ein Nebengewerbe, bezüglich dessen Art und Umfang die Voraussetzungen des § 2 vorliegen (unten zu 5). Ein Nebengewerbe, bezüglich dessen diese Voraussetzungen nicht vorliegen, ist wie ein Bestandteil des landwirtschaftlichen Hauptgewerbes zu behandeln (KG. 22 XII 02 OLGRspr. 6 234).

β. Nicht Hauptgewerbe. Ein Nebengewerbe liegt nur vor, wenn das betreffende Gewerbe im Verhältnis zur Landwirtschaft von nebensächlicher Bedeutung ist: es muß in dieser seine Stütze finden und als ihr Ausfluß erscheinen (KG. 22 II 04 EntschFG. 4 150 KGJ. 27 A 206). Dabei kommt in Betracht namentlich der Umfang des Gewerbebetriebs, also die Höhe des einerseits in der Landwirtschaft, andererseits in dem besonderen Gewerbe verwendeten Anlage- und Betriebskapitals (KG. 22 II 04 EntschFG. 4 150 KGJ. 27 A 206) und die Zahl der beschäftigten Personen. Ebenso die Höhe des Umsatzes (dagegen KG. 3 VI 01 EntschFG. 2 138 KGJ. 22 A 88 OLGRspr. 3 403, 22 XII 02 OLGRspr. 6 233, 22 II 04 EntschFG. 4 150 KGJ. 27 A 206). Nicht dagegen — weil von Zufälligkeiten abhängig — die Höhe des Reingewinns (KG. 3 VI 01 EntschFG. 2 138 KGJ. 22 A 88 OLGRspr. 3 403, 22 II 04 EntschFG. 4 150 KGJ. 27 A 206). Hebt sich das frühere Nebengewerbe in seiner Bedeutung, so entsteht entweder eine Verbindung gleichberechtigter Gewerbe (KG. 22 II 04 EntschFG. 4 153 KGJ. 27 A 210), oder das land- oder forstwirtschaftliche Gewerbe sinkt sogar zum Nebengewerbe herab; in beiden Fällen findet dann § 1 und 2, nicht mehr § 3 Abs. 2 Anwendung. Ist das Unternehmen ein selbständiger Gewerbebetrieb, so findet § 3 nicht Anwendung, selbst wenn nebenbei auch Erzeugnisse oder Abfälle, die der Gewerbetreibende in einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb gewonnen hat, zur Verwendung kommen. Die Selbständigkeit wird auch dadurch nicht auf-

gehoben, daß Betriebskapital, Betriebsanlagen, Arbeitskräfte, Tiere, bald in dem landwirtschaftlichen, bald in dem anderen Gewerbebetrieb zur Verwendung gelangen (KG. 22 II 04 EntschFG. 4 153 KGJ. 27 A 210). Eine solche Selbständigkeit des Unternehmens ist namentlich dann anzunehmen, wenn dies Unternehmen von einer mit besonderer Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Personenvereinigung betrieben wird, deren Mitglied der Landwirt ist (KG. 10 II 02 EntschFG. 3 77 KGJ. 24 A 67 OLGRspr. 4 460). Aber auch dann, wenn der Landwirt mit anderen Personen eine besondere offene Handelsgesellschaft zum Betrieb dieses Unternehmens bildet (vgl. § 105 Anm. I c; dagegen KG. 10 II 02 EntschFG. 3 76 KGJ. 24 A 66 OLGRspr. 4 459). — Ein Nebengewerbe ist z. B. die Vermietung der im eigenen Betrieb verwendeten landwirtschaftlichen Maschinen an andere während der Zeit, in der sie im eigenen Betrieb nicht gebraucht werden (KG. 3 VI 01 EntschFG. 2 138 OLGRspr. 3 403; über Lohndrusch vgl. auch § 1 Anm. X a). In der Reichstagskommission (KB. 7) erwähnte der Regierungsvertreter, daß als derartige Nebengewerbe namentlich vorkommen Kunstgärtnereien (nach D. 15 hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob eine Handelsgärtnerei nach §§ 1—3 ein Handelsgewerbe ist oder nicht), Torfbereitung, Schieferbrüche, Sand-, Kies- und Kalkgewinnung, Tongräbereien und Tonröhrenfabrikation, Holzkohlen- und Holzteergewinnung, Harz- und Pechgewinnung, Talgsiederei, Seifensiederei, Ölmüllerei, Lohmühlen, Holzzurichtung und -Konservierung, Mühlenbetrieb, Butter- und Käsebereitung, Brauerei einfacher Biere, Obstwein- und Essigfabrikation, Branntweinbrennerei, Viehmästung, nur selten Zuckerfabriken. Einige der hier erwähnten Betriebe sind indessen in der Regel nicht zu den Nebengewerben zu stellen, sondern als Bestandteil des land- oder forstwirtschaftlichen Hauptgewerbes anzusehen (oben zu α). Als Nebengewerbe kommen z. B. auch Ziegeleien und Dachsteinfabriken vor (KG. 3 VI 01 EntschFG. 2 138 KGJ. 22 A 88 OLGRspr. 3 403).

4. Nebengewerbe. Nur derjenige Nebenbetrieb kommt in Betracht, der ein gewerbsmäßiger (§ 1 Anm. II) ist.

5. Gemäß § 2 eintragungsfähig muß das Nebengewerbe sein. Dies folgt aus § 3 Abs. 2 Satz 1. Gemeint ist, daß ein Nebengewerbe der Land- oder Forstwirtschaft — gleichgültig, ob dessen Gegenstand Handelsgrundgeschäfte oder andere Geschäfte bilden — eintragungsfähig nur ist, wenn es nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, also in mehr als handwerksmäßiger Art betrieben wird und mehr als kleingewerblichen Umfang hat (§ 2 Anm. I). Ein Land- oder Forstwirt, der in Ansehung des Nebengewerbes, für das er die Eintragung nachsucht, nur Minderkaufmann wäre, soll daher nicht eingetragen werden. — Die Fassung des § 3 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 ist etwas ungenau. Die Worte „werden in dem Nebengewerbe Geschäfte der im § 1 bezeichneten Art geschlossen" sollten, wie aus „dessenungeachtet" hervorgeht, das Vorliegen der Voraussetzung des § 1 bezeichnen; sie stehen daher im Sinn von „hat das Nebengewerbe Geschäfte der im § 1 bezeichneten Art zum Gegenstand"; nicht auf den Abschluß einzelner Handelsgrundgeschäfte kommt es an, sondern darauf, daß der Gewerbebetrieb auf den Abschluß von Handelsgrundgeschäften gerichtet ist.

b. **Eintragungsrecht ohne Eintragungspflicht.** Während in Ansehung des land- oder forstwirtschaftlichen Hauptgewerbes weder Recht noch Pflicht zur Eintragung besteht, begründet das Nebengewerbe zwar gleichfalls keine Pflicht, aber ein Recht zur Eintragung. Die Wirkung einer etwa erfolgenden Eintragung des Nebengewerbes ist die gleiche, wie die Wirkung jeder anderen nach § 2 erfolgenden Eintragung (vgl. daher § 2 Anm. III). Durch die Eintragung wird jedoch der Geschäftsherr Kaufmann nur in Ansehung des Nebengewerbes, nicht auch in Ansehung des Hauptgewerbes (§ 1 Anm. IV b). Wieweit die Verpflichtung zur Buchführung reicht, vgl. § 38 Anm. I a 2.

c. **Löschung der Firma.** Sie folgt den allgemeinen Regeln; vgl. daher § 31. Durch § 3 Abs. 2 Satz 2 sollte zum Ausdruck gebracht werden, daß die Löschung eines eingetragenen Nebengewerbes nicht, wie die Eintragung, von dem Willen des Unternehmers abhängig

sein soll. Über die Wirkungen einer zu Unrecht fortdauernden Eintragung vgl. §§ 5, 15. Über die Wirkungen einer zu Unrecht erfolgten Löschung vgl. § 5 Anm. III.

d. **Rechtsnachfolge bezüglich des als Nebengewerbe betriebenen Geschäfts.**

1. Wird das Nebengeschäft ohne Firma veräußert, so ist die bisherige Firma zu löschen. Der neue Erwerber, wenn er das Geschäft nicht als Nebengewerbe zu einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb führt, unterliegt der Eintragungspflicht nach § 1 oder § 2. Führt er es dagegen als Nebengewerbe zu einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb — sei es dem mitveräußerten Hauptbetrieb des früheren Unternehmers, sei es einem eigenen — so hat er nach § 3 ein Eintragungsrecht, aber keine Eintragungspflicht. Läßt er nicht eintragen und veräußert er dann das Geschäft zurück an den ersten Inhaber, so würde dieser zur erneuten Eintragung nur dann verpflichtet sein, wenn Veräußerung und Rückveräußerung zwecks Umgehung der Bestimmung des § 3 Abs. 2 Satz 2 erfolgt sind.
2. Wird das Nebengeschäft mit Firma veräußert, so ist der Erwerber Kaufmann seit dem Erwerb, da die eingetragene Firma nunmehr seine Firma ist. Daher ist er auch nicht zu willkürlicher Löschung befugt (§ 3 Abs. 2 Satz 2); dagegen ist er befugt zu einer Änderung der Firma.
3. Wird das Nebengeschäft ererbt, so steht dies in Ansehung des Löschungsrechts einem Erwerb unter Lebenden mit Firma (oben zu 2) gleich. Der Erbe ist daher nicht zur willkürlichen Löschung (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. VII, Staub Anm. 8), aber zur Änderung der Firma befugt.

§ 4.

Minderkaufleute.

Die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung.

Durch eine Vereinigung zum Betrieb eines Gewerbes, auf welches die bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden, kann eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden.

Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird.

ADH. Art. 10. **Entw. I** § 5. **Entw. II** § 4.

I. **Begriff** des Minderkaufmanns.

a. **Verhältnis zum früheren Recht.** Das ADH. führte in dem entsprechenden Art. 10 auf: „Höker, Trödler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe [das „dergleichen" wurde ausgelegt als auf die Art des Geschäfts hindeutend, so daß nicht das ganze Kleingewerbe umfaßt war], ferner Wirte, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht." Im jetzigen § 4 ist auf die Art des Gewerbebetriebes nur bezüglich des Handwerks Rücksicht genommen, im übrigen kommt es nur auf den Umfang des Geschäftsbetriebes an, darauf, daß nur Kleingewerbe vorliegt.

b. **Eigenschaft als Kaufmann.** Der § 4 bezieht sich (da anderenfalls die in ihm enthaltenen Vorschriften selbstverständlich wären und nicht besonders hervorgehoben zu werden brauchten) nur auf solche Handwerker und Kleingewerbetreibende, die Kaufleute sind (Str. **76** 297, RGSt. **31** 178). Die in § 4 bezeichneten Gewerbetreibenden bleiben daher Kaufleute trotz der in § 4 bestimmten Einschränkungen. Man bezeichnet sie als „Minderkaufleute" im

Gegensatz zu „Vollkaufleuten". Nur wer nach § 1 Kaufmann ist, kann Minderkaufmann sein. Unternehmer der in § 2 und 3 erwähnten Betriebe können nie Minderkaufleute, sondern nur entweder Nichtkaufleute oder aber Vollkaufleute sein (KG. 11 IV 04 EntschFG. 4 162 KGJ. 27 A 213), weil Voraussetzung dafür, daß Unternehmer jener Betriebe Kaufleute werden können, das Vorliegen eines Unternehmens ist, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, hierdurch aber Handwerker (§ 2 Anm. I c 3) und Kleingewerbetreibende (§ 2 Anm. I c 4) ausgeschlossen sind. — Über die Wirkung der Eintragung eines minderkaufmännischen Geschäfts in das Handelsregister vgl. § 5. Sinkt ein früher vollkaufmännisches Geschäft dauernd zu einem minderkaufmännischen hinab, so wird § 4 anwendbar (vgl. RGSt. 35 289), und die Löschung hiermit nicht vereinbarer Eintragungen, z. B. der Firma und einer Prokura, kann erzwungen werden (KG. 24 VI 01 OLGRspr. 3 405). — Wer nebeneinander ein minderkaufmännisches und ein vollkaufmännisches Geschäft führt, braucht die Pflichten eines Vollkaufmanns nur bezüglich des vollkaufmännischen Geschäfts zu erfüllen (vgl. entsprechend § 1 Anm. IV b, ebenso RGSt. 25 171; dagegen OLG. Marienwerder 27 IV 94 ZHR. 46 466); vgl. jedoch bezüglich der Buchführungspflicht die in § 38 Anm. I a 2 angeführten Entscheidungen.

II. **Handwerker.**

a. **Begriff.** In § 4 Abs. 1 gehören die Worte „deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht" nur zu „Personen", nicht auch zu „Handwerker", denn anderenfalls wäre die besondere Erwähnung der „Handwerker" überflüssig (ebenso KG. 9 XI 03 OLGRspr. 8 92 KGJ. 27 A 61). Daraus folgt, daß § 4 das Vorhandensein auch von „Handwerkern" voraussetzt, deren Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, und daß mithin der Begriff des Handwerkers unabhängig ist vom Umfang des Betriebes (vgl. RGSt. 35 289). Daher kann der Begriff des Handwerkers nur durch Bezugnahme auf die Art des Betriebes bestimmt werden. Handwerker ist hiernach wer in handwerksmäßiger Art betreibt. Der handwerksmäßigen Art wesentlich ist, daß bei der den Gegenstand des Betriebes bildenden Be- oder Verarbeitung oder sonstigen Werktätigkeit der Unternehmer persönlich in erheblicherem Umfang mit Hand anlegt und nicht etwa nur bei der Oberleitung des Betriebes oder dem Vertrieb der Waren sich beteiligt. Als unterstützende Merkmale kommen ferner in Betracht die Einrichtung und Größe der Betriebsstätte, die Beschaffenheit der zur Herstellung des Erzeugnisses benutzten Hilfsmittel, die Zahl und Tätigkeitsart der beschäftigten Personen, die etwaige Anwendung eines arbeitsteilenden Verfahrens (RGSt. 24 80, 357, 25 5, ObLG. München 6 XII 86 ZHR. 34 561). Indessen macht nicht schon das Fehlen einer gemeinsamen Arbeitsstätte den auf Herstellung von Gegenständen gerichteten Gewerbebetrieb zu einem handwerksmäßigen (RG. 57 387). Auf die Gattung des hergestellten Gegenstandes kommt es nicht an (vgl. z. B. § 1 Anm. X d über Brennerei und Brauerei); das Handelsgesetzbuch begrenzt, abweichend vom gewöhnlichen Sprachgebrauch, den Begriff des Handwerks nicht in Anlehnung an die früheren Innungseinrichtungen. Daher kann Handwerker im Sinn des HGB. z. B. auch ein Drucker sein (§ 1 Nr. 9), trotzdem Druckerinnungen wohl nicht bestanden haben. Über die einzelnen Gegenstände des Gewerbebetriebs vgl. § 1 Anm. IV f. — Bei Auslegung des BGB. § 196 hält RG. 31 III 05 JW. 337[4], teilweise abweichend von vorstehenden Ausführungen, den „geschichtlich eingeschränkten" Begriff des Handwerks fest und erklärt als Handwerker einen „Gewerbetreibenden, der nach althergebrachter Arbeitsteilung innerhalb gewisser Grenzen im kleineren Umfang durch Alleinarbeit oder doch unter eigener Mitarbeit gewisse Verbrauchs- oder Gebrauchsgegenstände herstellt und in den Verkehr bringt oder sonst bestimmte Werke verrichtet."

b. **Die Begriffe Handwerker und Kaufmann in ihrem Verhältnis zueinander.** Ein Handwerker kann Nichtkaufmann oder er kann Kaufmann sein. Der § 4 bezieht sich nur auf diejenigen Handwerker, die Kaufleute sind (RGSt. 31 178), also nur auf Gewerbetreibende der unten zu 4 erwähnten Gattung. Ob im Einzelfall ein Handwerker Kaufmann, ist nach § 1 zu beurteilen. Auf Grund des § 2 kann nie ein Handwerker zum Kaufmann werden

(§ 2 Anm. I c 3); mithin auch nicht auf Grund des § 3 (§ 3 Anm. II a 5). Ist ein Handwerker nach § 1 Kaufmann, so ist er ein Minderkaufmann (§ 4 Abs. 1, 2). Ein Handwerker kann in Ansehung desselben Betriebes nie Vollkaufmann sein (RG. 51 123), auch wenn der Handwerksbetrieb im großen erfolgt (KB. 9, ObLG. München 11 XII 03 OLGRspr. 8 250). Ist ein Gewerbetreibender Vollkaufmann, so ist er nicht mehr Handwerker im Sinn des HGB., selbst wenn er selbst sich als Handwerksmeister bezeichnet. Hieraus in Verbindung mit der Auslegung des § 1 ergeben sich nachstehende Folgerungen:

1. Vollkaufmann, aber nicht Handwerker ist, wer in nicht handwerksmäßiger Art ein Handelsgewerbe von mehr als kleingewerblichem Umfang betreibt. So, wer in großgewerblichem Umfang Anschaffungs- und Weiterveräußerungsgeschäfte abschließt, z. B. die Stoffbeschaffung für das auszuführende Werk übernimmt (§ 1 Anm. IX b). Ebenso wer in nicht handwerksmäßiger Art und mehr als handwerksmäßigem Umfang ein Be- oder ein Verarbeitungsgewerbe (§ 1 Anm. X d 1β) oder eine Druckerei (§ 1 Anm. XVII) betreibt. Werden in einem Betrieb, in dem der Schwerpunkt auf der Gewinnerzielung durch den Unterschied im Anschaffungs- und Weiterveräußerungspreis liegt, die Waren nur einem geringen Maß von Zubereitung vor Weiterveräußerung unterzogen, so macht diese Zubereitung, da sie nur eine Nebentätigkeit ist, den Gewerbetreibenden selbst dann nicht zum Handwerker, wenn er persönlich dabei mit tätig ist (RGSt. 31 180).
2. Vollkaufmann und Handwerker kann niemand in Ansehung eines einzigen Betriebes sein. Dagegen kann ein Unternehmer zwei voneinander unabhängige Betriebe haben, von denen der eine ein vollkaufmännischer, der andere ein handwerksmäßiger ist. Dann ist er Vollkaufmann in Ansehung des ersteren, Handwerker in Ansehung des letzteren Betriebes (§ 1 Anm. IV b).
3. Minderkaufmann, aber nicht Handwerker ist, wer in nicht handwerksmäßiger Art ein Handelsgewerbe von nur kleingewerblichem Umfang betreibt. So z. B. wenn ein bisheriger Handwerker die handwerksmäßige Betriebsart gegen die kaufmännische vertauscht, aber nur einen kleinen Umfang des Gewerbebetriebes erzielt.
4. Minderkaufmann und Handwerker ist, wer in handwerksmäßiger Art betreibt, aber nach § 1 Kaufmann ist. So namentlich, wenn in demselben Betrieb kleingewerbliche Anschaffungsgeschäfte und handwerksmäßige Tätigkeit gleichberechtigt nebeneinander hergehen, wie bei den meisten Gattungen von Handwerkern, wenn sie den Stoff und nicht nur nebensächliche Zutaten beschaffen (§ 1 Anm. III b, IV f). So ferner, wenn ein (nicht mit eigener Stoffbeschaffung verbundener) Be- oder Verarbeitungsbetrieb oder eine Druckerei in handwerksmäßiger Art, aber in einem mehr als handwerksmäßigen Umfang betrieben wird (§ 1 Anm. X d 1α; dagegen Staub Anm. 2). Auch kann ein Unternehmer mehrerer selbständiger Betriebe in Ansehung des einen nur Handwerker (und nicht Kaufmann), in Ansehung des anderen kleingewerbetreibender Minderkaufmann (und nicht Handwerker) sein (oben zu 2).
5. Handwerker, aber nicht Kaufmann ist, wer in handwerksmäßiger Art betreibt, ohne daß der Betrieb Handelsgewerbe ist. So, wenn in einem in handwerksmäßiger Art geführten Betrieb nur nebensächliche Handelsgrundgeschäfte vorkommen (RGSt. 21 213, 31 179, KG. 25 XI 01 KGBl. 02 29), z. B. wenn der Besteller den Stoff liefert, der Handwerker aber die Zutaten beschafft.

III. Kleingewerbetreibender.

a. Begriff. Wie aus der Vergleichung mit § 2 sich ergibt, ist Kleingewerbe dasjenige Handelsgewerbe, das wegen seines geringen Umfanges einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (§ 2 Anm. I c 4, KG. 13 V 01 EntschFG. 2 133, 19 I 03 OLGRspr. 6 466). Die Grenze zwischen Vollgewerbe und Kleingewerbe ist an verschiedenen Orten (z. B. Gebirgsgegend und Seehandelsstadt) an verschiedener Stelle zu ziehen (P. 527). Nicht die Größe des möglichen, sondern nur die Höhe des wirklichen Umfangs des Gewerbebetriebs ist entscheidend (RGSt. 33 191). Und zwar des Umfangs zur Zeit der Entscheidung über den Eintragungsantrag, nicht auch der nur für später er-

hofften Erweiterung, außer wenn das Unternehmen noch nicht voll zur Entfaltung gekommen ist und baldige Steigerung in Aussicht steht (KG. 22 XII 02 OLGRspr. 7 147). Zu berücksichtigen ist Anlagekapital, Umsatz, Ertrag, Gewerbesteuer, Größe und Beschaffenheit der Geschäftsräume, Betriebseinrichtung, insbesondere ob das Hauptgewicht auf der persönlichen Arbeitsleistung des Geschäftsherrn liegt oder ob eine größere Zahl von Angestellten unter Anwendung des Grundsatzes der Arbeitsteilung beschäftigt werden, Maß und Inanspruchnahme des Kredits, Wechselverkehr, mehr oder minder verwickelte Gestaltung der geschäftlichen Beziehungen zu Lieferern, Kunden, Angestellten (KG. 13 V 01 EntschFG. 2 132 KGJ. 22 A 278; dagegen Staub Anm. 8, der lediglich den Wert der Geschäfte entscheiden lassen will). Die Geringfügigkeit des Umsatzes ist mithin nicht bedeutungslos (RGSt. 33 191). Ein Betrieb wird nicht dadurch allein zum Kleingewerbe, daß er zeitweise einen geringen oder selbst gar keinen Reingewinn ergibt (KG. 29 II 04 EntschFG. 4 158). Kommen in einem einheitlichen Betrieb Handwerkergeschäfte und Warenumsatzgeschäfte vor (vgl. § 1 Anm. III b), so entscheidet für die Frage, ob Kleingewerbe vorliegt, nicht der Gesamtumfang des Gewerbes, sondern der Umfang der Warenumsatzgeschäfte allein (RGSt. 31 109), da die Handwerkergeschäfte, selbst bei größtem Umfang, den Betrieb nicht zu einem vollkaufmännischen machen können (§ 1 Anm. X d 1 α).

b. **Abgrenzung durch Landesgesetz.** Durch § 4 Abs. 3 ist den Landesregierungen gestattet, durch Bezugnahme auf die nach dem Geschäftsumfang bemessene Steuerpflicht, und in deren Ermangelung nach anderen Merkmalen das Kleingewerbe vom Großgewerbe abzugrenzen. In Preußen ist durch AGHGB. Art. 1 Abs. 1 diese Befugnis dem Justizminister und dem Minister für Handel und Gewerbe gemeinsam übertragen und vorgeschrieben, daß vor Erlaß solcher Bestimmungen in der Regel die Organe des Handelsstandes gutachtlich zu hören sind. Ähnliche Bestimmungen finden sich in den Ausführungsgesetzen von Anhalt (12. Aufl. Bd. III S. 449), Baiern (S. 453), Braunschweig (S. 454), Lippe (S. 468), Mecklenburg-Schwerin (S. 471) und -Strelitz (S. 475), Reuß j. L. (S. 482), Sachsen (S. 486), Sachsen-Altenburg (S. 489), Sachsen-Koburg und Gotha (S. 491), Sachsen-Meiningen (S. 492), Schwarzburg-Rudolstadt (S. 495), Waldeck (S. 498). Eine Vorschrift wegen Ermittlungen über die Eigenschaft eines einzelnen Betriebes als eines handwerklichen oder kleingewerblichen in zweifelhaften Fällen enthält das AG. von Reuß ä. L. (S. 480). In Preußen ist von der Ermächtigung des § 4 Abs. 3 bisher nicht Gebrauch gemacht worden. Wohl auch nicht in den übrigen Staaten, außer in Schwarzburg-Rudolstadt, wo durch V. d. Ministeriums v. 21 XII 99 § 1 bestimmt ist: „Als Kleingewerbe sind diejenigen Betriebe anzusehen, bei denen weder der jährliche Ertrag 1000 Mk., noch das Anlage- und Betriebskapital 2000 Mk. erreicht.“ — Da in erster Reihe eine Bezugnahme auf die nach dem Geschäftsumfang bemessene Steuerpflicht vorgeschrieben ist, so würde, wenn eine nach dem Geschäftsumfang bemessene Gewerbesteuer besteht, eine Bezugnahme z. B. auf die Höhe der Einkommensteuer unzulässig sein.

IV. Die auf Minderkaufleute unanwendbaren Vorschriften des HGB.

a. **Allgemeines.** Aus der Eigenschaft der Minderkaufleute als Kaufleute (oben Anm. I b) folgt die Anwendbarkeit der von Kaufleuten handelnden Vorschriften des HGB., so z. B. auch der Vorschriften über Handlungsvollmacht, Handlungsgehilfen und Handelsgeschäfte. Das Nähere hierüber bei den einzelnen Paragraphen. Eine Ausnahme machen nur die in § 4 Abs. 1, 2 und die in § 351 bezeichneten Vorschriften. Diese sind nicht anwendbar auf Minderkaufleute. Indessen sind die in § 4 Abs. 1 als unanwendbar auf Minderkaufleute erklärten Bestimmungen dennoch anwendbar auf minderkaufmännische Vereine, die ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Gesetzes Kaufmann sind (§ 6 Abs. 2); ob auch die in § 351 erwähnten Bestimmungen, vgl. § 351 Anm. II. — Wenn § 4 Abs. 1 „die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura“ erwähnt, so ist darin nur ein anderer Ausdruck für „die Vorschriften der Abschnitte 3, 4 und 5 bis § 53“ zu erblicken; daraus folgt, daß die Vorschriften jener Abschnitte, auch wenn sie anderes enthalten als jene Worte besagen (z. B. §§ 32, 35, 38 Abs. 2), nicht auf Minderkaufleute anwendbar sind.

b. Die einzelnen Vorschriften.

1. Firma-Vorschriften. Bedienen sich die im § 4 bezeichneten Personen eines Handelsnamens, so ist dieser nicht eine Firma im Sinn des HGB. Sie haben daher weder das Recht noch die Pflicht, ihn in das Handelsregister eintragen zu lassen. Über die Wirkung der dennoch erfolgten Eintragung einer minderkaufmännischen Firma vgl. § 5. Ob die Grundsätze über die Haftung des Erwerbers eines Geschäfts für frühere Geschäftsschulden auch auf Minderkaufleute anwendbar sind, vgl. § 25 Anm. II b. Unter welchen Umständen § 28 anwendbar, vgl. § 28 Anm. I. Ob § 37 auf minderkaufmännische Handelsnamen anwendbar, vgl. § 37 Anm. I a 2. Die Handelsnamen der Minderkaufleute sind gegen einen Gebrauch durch Unbefugte geschützt nicht durch die Vorschriften zum Schutz von „Firmen", sondern nur durch die Vorschriften zum Schutz von „Namen" oder „Bezeichnungen eines Erwerbsgeschäfts" (§ 17 Anm. II b, § 37 Anm. III a, b 2 β). Über die Rechtsnachfolge in minderkaufmännische Handelsnamen vgl. § 17 Anm. II b. Schließt ein Minderkaufmann unter einer von seinem Familiennamen verschiedenen Firma einen Vertrag, so wird das Rechtsgeschäft ebenso beurteilt, wie wenn ein Nichtkaufmann unter Annahme eines ihm nicht zustehenden Namens den Vertrag geschlossen hätte; die Gültigkeit des Vertrages wird hierdurch nicht berührt. — Wie lange ein Minderkaufmann Dritten gegenüber, nachdem er sich ihnen als Inhaber des Handelsgewerbes kundgemacht hat, sich gefallen lassen muß, als solcher angesehen zu werden, obschon er den Betrieb aufgegeben hat, ist nach ähnlichen Grundsätzen, wie sie in § 15 aufgestellt sind, zu beurteilen, nur daß die Bedeutung, die nach § 15 der Eintragung und Bekanntmachung oder der Nichteintragung zukommt, hier der sonstigen Kundmachung oder Nichtkundmachung beizulegen ist (RG. 12 12, 15 36). Ob in der Führung eines Handelsnamens nach Art einer Firma durch einen Minderkaufmann eine gegenüber Dritten erfolgte Kundmachung seiner Eigenschaft als Vollkaufmann liegt, vgl. § 5 Anm. II a. — Die Vorschrift der GewO. § 15 a (abgedruckt § 18 Anm. II), wonach Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirtschaft betreiben, ihren Namen in dort näher bestimmter Weise außen anzubringen haben, trifft auch Minderkaufleute.

2. Handelsbücher-Vorschriften. Der Minderkaufmann ist nicht verpflichtet zur Buchführung oder zur Fertigung und Aufbewahrung von Abschriften der abgesendeten Handelsbriefe. Auch nicht zur Aufstellung von Bilanzen und Inventaren. Über die Verpflichtungen des Minderkaufmanns, der zugleich ein vollkaufmännisches Geschäft führt, vgl. § 38. Über die Befreiung der Warenmakler im Kleinverkehr vom Schlußnotenzwang und von der Tagebuchführung s. § 104 Anm. III.

3. Prokura-Vorschriften. Erteilt ein Minderkaufmann eine Prokura, so ist sie als Vollmacht soweit aufrecht zu halten, wie der Vollmachtswille sich erstreckt (BGB. § 140, Thöl 1 § 56 Nr. 4, Hahn [4] § 5 zu Art. 10) oder dem Dritten kundgegeben ist (BGB. §§ 171 ff.). Im Zweifel liegt in der Prokuraerteilung durch einen Minderkaufmann die Erteilung einer Vollmacht des in § 49 bezeichneten Inhalts, ohne daß jedoch auf diese Vollmacht die §§ 50—53 anwendbar sind. Zu weit dagegen geht die Ansicht (P. 1278), daß wer, ohne Vollkaufmann zu sein, eine Prokura erteilt, und dadurch den anderen in Irrtum führt, diese seine eigene Handlung nicht anfechten dürfe und die Wirkung der Prokura (also z. B. auch die Wirkung des § 50) vertreten müsse.

4. Offene Handelsgesellschaft- und Kommanditgesellschaft-Vorschriften. Vereinigungen zum Betrieb eines minderkaufmännischen Gewerbes werden nicht nach den Vorschriften über offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, sondern nach den Vorschriften über gemeinbürgerliche Gesellschaften (BGB. §§ 705 ff.), und wenn die Vereinigung nicht in Gesellschaftsform, sondern in Vereinsform erfolgt ist, nach den Vorschriften über die betreffende Vereinsart beurteilt (vgl. § 6 Abs. 2). So sind z. B. auf einen in Form einer Aktiengesellschaft gegründeten minderkaufmännischen Verein die Vorschriften über Aktiengesellschaften anwendbar (§ 210 Anm. III). Auf die Beteiligung eines Gesellschafters als stillen an einem minderkaufmännischen Geschäft finden

die Vorschriften des HGB. über die stille Gesellschaft Anwendung (§ 335 Anm. V a 1). Auch ein gemeinschaftlicher minderkaufmännischer Betrieb von Eheleuten kann unter Umständen als eine gemeinbürgerliche Gesellschaft der Eheleute aufgefaßt werden (OLG. Colmar 11 XI 04 OLGRspr. 10 277). — Ob, wenn eine minderkaufmännische Vereinigung in Gesellschaftsform, also eine gemeinbürgerliche Gesellschaft, ein Handelsgewerbe betreibt, die Vereinigung Kaufmann ist, oder ob die einzelnen Gesellschafter es sind, vgl. § 1 Anm. IV d 3. Die zu einem solchen Betrieb der Vereinigung gehörenden Geschäfte sind Handelsgeschäfte (RG. 9 80, 47 227). Der Wille eines Gesellschafters, für die Vereinigung zu handeln, tritt erkennbar hervor durch Abgabe der Erklärung unter dem Handelsnamen der Vereinigung (RG. 47 228). — Die Gesellschafter jeder gemeinbürgerlichen Gesellschaft können indessen wirksam vereinbaren, daß für ihr inneres Verhältnis die Vorschriften über die oHG. oder über die KG. zur Anwendung kommen sollen. Ob auf Grund der Kundgebung, daß eine offene Handelsgesellschaft vorliege, die Gesellschafter einer Vereinigung des § 4 Abs. 2 nach außen so haften, als wären sie offene Gesellschafter, vgl. § 123 Anm. IV b. Ob eine solche Kundgebung bereits in Führung eines firmenartigen Handelsnamens liegt, vgl. § 5 Anm. II a.

5. Die Vorschriften der §§ 348—350 kommen nach § 351 nicht auf Minderkaufleute zur Anwendung. Diese Vorschriften betreffen die Unzulässigkeit der richterlichen Herabsetzung von Vertragsstrafen, den Ausschluß der Vorausklage-Einrede und die Gültigkeit formlos geleisteter Bürgschaften, Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnisse.

§ 5.

Wirkung der Eintragung.

Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu den m § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre.

ADH. — **Entw. I.** — **Entw. II** § 5.

I. **Verhältnis des § 5 zu der Regel der nur erklärenden Wirkung der Eintragungen im Handelsregister.**

a. **Allgemeines.** Ebenso wie nach dem früheren ADH. gilt auch nach dem jetzigen HGB. als Regel, daß Eintragungen und Löschungen im Handelsregister nur der Ordnung halber vorgeschrieben sind, daß sie für das beurkundete Rechtsverhältnis nicht begründende sondern nur erklärende Wirkung haben und sonst nur für den guten Glauben Dritter und die Verteilung der Last des Beweises für diesen guten Glauben erheblich sein können (§ 15 Anm. II a). Einzelne Abweichungen von diesem Grundsatz durch Beilegung einer begründenden Wirkung erwiesen sich jedoch von vornherein als nötig oder wurden später eingeführt (§ 15 Anm. II b). Eine Entwicklung nach derselben Richtung bezeichnen die Vorschriften in §§ 2 und 3, wonach in den dort behandelten Fällen die Eigenschaft als Kaufmann nicht schon bei dem Vorliegen aller sachlichen Voraussetzungen, sondern erst durch die Form der Eintragung entsteht. Auf die Fälle des § 1 ist jene Art von begründender Wirkung der Eintragung nicht ausgedehnt. Der § 5 geht nun noch einen Schritt weiter. Alle bisher erwähnten, eine begründende Wirkung der Eintragung anordnenden Vorschriften besagen, daß die durch die Eintragung zu bekundenden Rechtsverhältnisse nicht bestehen, wenn sie nicht eingetragen sind. Der § 5 fügt hinzu, daß, wenn bestimmte Rechtsverhältnisse eingetragen sind, gegenüber den sich auf die Eintragung berufenden Personen nicht behauptet werden könne, daß sie nicht bestünden. Er knüpft also insoweit (unten Anm. II b) an die Eintragung der Firma die Unterstellung, daß, wenn unter jener Firma überhaupt ein Gewerbe betrieben wird (unten Anm. II c 1), dies ein vollkaufmännisches ist.

b. **Verhältnis des § 5 zu § 15.** Die Vorschriften der §§ 5 und 15 bestehen nebeneinander,

ohne sich zu widersprechen. Jede von ihnen behandelt eine andere Frage: der § 5 die Frage, wann die Tatsache des Vollhandelsgewerbes als vorhanden unterstellt wird, der § 15 (§ 15 Anm. Ib, c) die Frage, wann eine vorhandene Tatsache (also auch die nach § 5 als vorhanden unterstellte Tatsache des Vollhandelsgewerbes) als dem anderen bekannt zu gelten hat. — Beide Bestimmungen können nebeneinander auf denselben Einzelfall zur Anwendung kommen. Der Abs. 2 des § 15 ist hierbei anwendbar auf Fälle, in denen die Eintragung einer Firma zu Unrecht erfolgt ist, denn wegen der Unterstellung des § 5 kann der Gegner nicht erwidern, daß das Bestehen einer vollkaufmännischen Firma keine wahre Tatsache sei. Ist also ein nichtkaufmännisches oder ein minderkaufmännisches Gewerbe zu Unrecht eingetragen und die Eintragung bekannt gemacht, so kann der Gewerbeinhaber diese Eintragung und die sich hieraus ergebende Unterstellung (§ 5) dem Dritten entgegenhalten, außer (§ 15 Abs. 2) wenn der Dritte die Eintragung weder kannte noch kennen mußte; dabei macht es keinen Unterschied (unten Anm. IIb 1), ob der Dritte wußte, daß ein Vollhandelsgewerbe in Wahrheit trotz der Eintragung nicht vorliege. Kannte aber der Dritte, ohne fahrlässig gehandelt zu haben, weder das Bestehen eines Vollhandelsgewerbes noch die erfolgte Eintragung, so kann ihm trotz § 5 die Eintragung nicht entgegengehalten werden; denn er wendet nicht etwa ein, daß kein Vollhandelsgewerbe bestehe, sondern nur, daß er ohne Fahrlässigkeit dies Bestehen nicht kannte, und dies ist nach § 15 Abs. 2 zulässig. War die Eintragung noch nicht bekannt gemacht, so kann sie dem Dritten, der weder das Bestehen eines Vollhandelsgewerbes noch die erfolgte Eintragung kannte, nach § 15 Abs. 1 nicht entgegengehalten werden, selbst dann nicht, wenn seine Nichtkenntnis auf Fahrlässigkeit beruhte. — Auch soweit § 15 eine Folgerung aus dem Grundsatz der nur erklärenden Wirkung der Eintragungen ausspricht (§ 15 Anm. Ia) steht § 15 nicht in Widerspruch zu § 5, weil die in § 15 allein ausgesprochene bejahende Regel, daß die nichteingetragene Tatsache dem Dritten, der sie kennt, entgegengesetzt werden kann, auch auf den Fall der unterstellenden Wirkung der Eintragung (§ 15 Anm. IIc) anwendbar ist und den Fall des § 5, der die Eintragung als erfolgt voraussetzt, nicht trifft. Nur bezüglich der entsprechenden, aber in § 15 nicht ausgesprochenen verneinenden Regel, daß ein nichtvorhandenes Rechtsverhältnis auch nicht durch Eintragung entsteht, enthält der § 5 eine Einschränkung des Grundsatzes der nur erklärenden Wirkung.

II. **Wirkung der Eintragung.**

a. **Eintragung.** Aus § 5 darf nicht der Gegenschluß gezogen werden, daß nur im Fall der Eintragung die Wirkung des § 5 eintreten kann. Vielmehr knüpft sie sich unter Umständen auch an eine andere Kundgebung (§ 15 Anm. III d 3, § 123 Anm. IV, § 343 Anm. II c 1); dann nämlich, wenn in der Kundgebung eine öffentliche oder dem Betreffenden gegenüber abgegebene Erklärung liegt, daß der Erklärende Vollkaufmann sei. Keine solche Erklärung ist darin zu finden, daß ein Minderkaufmann einen ihm nicht zustehenden Namen nach Art einer Firma führt (RG. 55 85; dagegen OLG. Breslau 23 X 02 OLGRspr. 6 27, OLG. Dresden 2 X 03 OLGRspr. 8 96). Indessen liegt im Gebrauch eines ein tatsächlich bestehendes Gesellschaftsverhältnis andeutenden Handelsnamens seitens eines Minderkaufmanns die Kundgebung, daß er nicht nur in eigenem Namen, sondern gleichzeitig auch im Namen eines anderen oder mehrerer anderer handeln wolle (RG. 8 II 01 JW. 164 [16]). Ob auf Grund der Kundgebung, daß eine offene Handelsgesellschaft vorliege, die Gesellschafter einer minderkaufmännischen Vereinigung nach außen so haften, als seien sie offene Gesellschafter, vgl. § 123 Anm. IV b. — Die Bestimmung des § 5 erstreckt sich auch auf die vor 1. Januar 1900 eingetragenen Firmen (RG. 50 158). — Die Wirkung des § 5 tritt auch mit Bezug auf den Verkehr der Zweigniederlassung ein, wenngleich nur im Register der Hauptniederlassung die Eintragung erfolgt ist (§ 13 Anm. II c 3).

b. **„Gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft."**

1. Nur gegenüber bestimmten Personen tritt die Wirkung des § 5 ein. Daraus folgt, daß die Eintragung nicht ein nichteintragungsberechtigtes Gewerbe zum Handelsgewerbe und nicht ein minderkaufmännisches Gewerbe zu einem vollkaufmännischen macht (dagegen Schirrmeister ZHR. 49 39). Beruft sich kein Beteiligter auf die Ein-

tragung, so ist trotz der Eintragung der bisherige nichteintragungsberechtigte Nichtkaufmann oder der bisherige Minderkaufmann auch künftig als Nichtkaufmann oder Minderkaufmann zu behandeln. — Jeder kann sich auf die Eintragung berufen. Sowohl der Eingetragene gegenüber einem Dritten, wie auch ein Dritter gegenüber dem Eingetragenen (D. 17). Ist eine Gesellschaft eingetragen, so können auch die eingetragenen Gesellschafter im Verhältnis zueinander sich auf § 5 berufen (RG. **50** 158). — Auch wer die sachliche Unzulässigkeit der Eintragung kennt, darf sich auf die Eintragung berufen (Staub Anm. 4).

2. Nur in privatrechtlicher Beziehung. Die D. 17, 18 bemerkt: „Der Eintragung einer Firma wird demnach hinsichtlich der privatrechtlichen Verhältnisse des Unternehmers eine den Prozeßrichter bindende Wirkung beigelegt ... Die Tragweite des § 5 erstreckt sich nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der eingetragenen Firma zu Dritten. Für das Gebiet des öffentlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts, darf dem äußerlichen Umstande, daß die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden ... Die Prüfung der Frage, ob die Eintragung sachlich gerechtfertigt war, läßt sich daher dem Strafrichter nicht entziehen. Ebensowenig kann die Eintragung die Wirkung haben, daß nunmehr der Eingetragene auch dem Registerrichter gegenüber unbedingt als eintragungsfähiger Kaufmann zu gelten hätte ..." — Indessen ist § 5 als maßgebend zu erachten auch für gewisse zivilprozessualische Vorschriften, z. B. die in HGB. § 17 Abs. 2 ausgesprochene Zulässigkeit des Verklagens und Verklagtwerdens unter der Firma, die in GVG. § 101 gegebene Abgrenzung der Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen (Staub Anm. 4), die in GVG. § 113 behandelte Fähigkeit, zum Handelsrichter ernannt zu werden (Düringer-Hachenburg Note IV).

c. **Die unzulässigen Anführungen.**

1. Bestreiten, daß das Gewerbe Handelsgewerbe sei. So kann z. B. nicht angeführt werden, das Gewerbe sei kein nach §§ 2, 3 eintragungsfähiges gewesen, es sei ein landwirtschaftliches Hauptgewerbe, oder der für die Eintragung eines Nebengewerbes der Landwirtschaft erforderliche Antrag habe nicht vorgelegen. Eine Vereinigung zum Betrieb eines Gewerbes, das kein Handelsgewerbe ist, gilt, wenn eingetragen, gegenüber dem sich auf die Eintragung Berufenden als offene Handelsgesellschaft, falls deren sonstige Merkmale vorliegen (RG. **50** 158). — Dagegen bleibt die Anführung zulässig, daß aus anderem Grund als wegen Nichtbestehens eines eintragungsfähigen Handelsgewerbes die Eintragung unwirksam sei. So namentlich die Anführung, es habe überhaupt kein Gewerbebetrieb stattgefunden, z. B. weil keine Gewinnerzielungsabsicht vorliege (§ 1 Anm. II) oder weil gültige Geschäfte überhaupt nicht abgeschlossen seien, da als Geschäftsherr nur ein Geschäftsunfähiger ohne Vertreter abgeschlossen habe (§ 1 Anm. VI a); für die Anführung, daß ein Betrieb trotz Eintragung kein Gewerbebetrieb sei, ist beweispflichtig, wer dies behauptet, da das Gegenteil erfahrungsgemäß die Regel ist (Staub Anm. 7; dagegen Lehmann Nr. 2; vgl. auch § 15 Anm. III a 1, d 3 α). Zulässig ist auch die Anführung, ein Gewerbebetrieb finde jetzt nicht mehr statt (doch greifen in diesem Falle §§ 15 Abs. 1, 31 Abs. 2 ein). Oder: die eingetragene offene Handelsgesellschaft bestehe nicht, weil kein Gesellschaftsvertrag zugrunde liege (§ 105 Anm. I d), und daher seien z. B. die kurzen Verjährungsfristen des § 159 nicht maßgebend (§ 159 Anm. I). Oder: die eingetragene Firma dürfe von dem Geschäftsinhaber, selbst wenn er als Vollkaufmann zu gelten habe, nicht geführt werden (§ 17 Anm. II a).

2. Bestreiten, daß das Gewerbe vollkaufmännisch sei. Der § 4 Abs. 1 umfaßt minderkaufmännische Betriebe ohne Rücksicht darauf, ob ein Einzelkaufmann oder eine Vereinigung betreibt. Auch auf eine eingetragene Vereinigung findet daher § 5 Anwendung.

III. **Wirkung der Löschung.** Der § 5 erwähnt nichts über die Wirkung einer Löschung nach vorheriger Eintragung. Selbstverständlich ist, daß nach erfolgter Löschung die auf die Eintragung gegründete Vermutung des § 5 für die Folgezeit nicht mehr geltend gemacht werden

kann (D. 19, vgl. RG. 50 158). Da aber der § 5 an die Löschung nicht die Wirkung knüpft, daß gegenüber demjenigen, der sich auf die Löschung berufe, der Gelöschte als Nichtvollkaufmann gelte, so bewendet es in dieser Beziehung bei der allgemeinen Regel des § 15 über die Wirkung von Eintragungen im Handelsregister, d. h. die Tatsache der Löschung ist an sich nicht entscheidend für die Frage, ob der Gelöschte die Eigenschaft als Vollkaufmann verloren hat und sei es Minderkaufmann, sei es Nichtkaufmann geworden ist (§ 17 Anm. II c). Ist die Löschung zu Unrecht erfolgt, so kann daher auch der Gelöschte geltend machen, er sei Vollkaufmann nach § 1, und ihm gegenüber kann dies geltend gemacht werden. Dagegen ist — als Folgerung nicht aus § 5, sondern aus § 2 (wo das „eingetragen worden ist" als identisch mit „eingetragen ist" und nicht auch das „früher einmal eingetragen war" einschließend aufgefaßt werden muß) und aus § 3 — anzunehmen, daß für die Fälle der §§ 2 und 3 der Einwand, daß die Löschung zu Unrecht erfolgt sei, nicht mit der Wirkung erhoben werden kann, daß trotz Löschung die Kaufmannseigenschaft erhalten bleibt. Allerdings heißt es in der D. 15: „Wird die nach § 3 eingetragene Firma zu Unrecht gelöscht, so behält gleichwohl das Unternehmen die einmal begründete Eigenschaft eines Handelsgewerbes, solange die im § 2 bezeichneten sachlichen Voraussetzungen in Ansehung der Art und des Umfanges des Betriebes fortbestehen." Hierdurch würde der Eintragung eine aus der Vorschrift in § 2 nicht zu folgernde Wirkung für alle Zukunft beigelegt werden, und derselbe Nachteil, den die §§ 2 und 3 für den Dritten vermeiden wollten, der mit einer Person abschließt, die er für einen Kaufmann hält und die sich später als Nichtkaufmann herausstellt, würde hier für den Unternehmer entstehen, der sich infolge der Löschung für einen Nichtkaufmann hält und dennoch später als Kaufmann in Anspruch genommen wird. Die zu Unrecht erfolgte Löschung nimmt daher einem Unternehmer, der nicht nach § 1 Kaufmann ist, die Kaufmannseigenschaft; nur besteht für die Zukunft, wenn die sachlichen Voraussetzungen des § 2 fortdauern, seine Wiedereintragungspflicht (§ 2 Anm. IV), wenn die des § 3 Abs. 2 fortdauern, sein Wiedereintragungsrecht (§ 3 Anm. II b), in beiden Fällen ferner die Pflicht zur Duldung einer von Amts wegen geschehenden Löschung des Löschungsvermerks (FGG. § 142). Die gemäß FGG. § 142 erfolgende Löschung hat gegenüber Dritten keine rückwirkende Kraft, hebt mithin nicht die gemäß § 5 während des Bestehens der Eintragung eingetretenen Folgen wieder auf (Düringer DJZ. 09 168).

§ 6.

Handelsgesellschaften.

Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften finden auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung.

Die Rechte und Pflichten eines Vereins, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, werden durch die Vorschrift des § 4 Abs. 1 nicht berührt.

ADH. Art. 5 Abs. 1, Art. 10 Abs. 2. **Entw. I** §§ 4, 5 Abs. 3. **Entw. II** §§ 6, 4 Abs. 3.

I. Handel treibende Vereinigungen.

a. Die einzelnen Arten.

1. Handelsgesellschaften. Hierunter versteht das HGB. nur die oHG. (§ 105), die KG. (§ 161 Abs. 2), die AG. (§ 210 Abs. 2) und die KAG. (§ 320 Abs. 3). Ebenso „gilt" (unten Anm. III) als Handelsgesellschaft im Sinn des HGB. die GmbH. (GmbHG. § 13 Abs. 3). Von diesen „Handelsgesellschaften" sind nur die oHG. und die KG. „Gesellschaften" im Sinn des BGB.; die übrigen sind „Vereine" (Vorbem. II zu Buch II Abschn. 3). Andererseits sind Personenvereinigungen in anderer als einer der obigen fünf Formen nicht „Handelsgesellschaften", wenngleich sie ein Handelsgewerbe betreiben. Übrigens ist die Unterscheidung zwischen „Handelsgesellschaften" und anderen ein Handelsgewerbe treibenden Personenvereinigungen gegenstandslos, da weder betreffs Anwendbarkeit der für Kaufleute gegebenen Vorschriften (unten Anm. II) noch in

anderer Beziehung eine durchgreifende Verschiedenheit zwischen beiden Gruppen besteht. Auch paßt jene in Abs. 1 aufgestellte Unterscheidung nicht zu der Fassung des Abs. 2 (unten Anm. III). — Durch § 6 Abs. 1 sollte nicht darüber entschieden werden, ob allen Handelsgesellschaften juristische Persönlichkeit zukomme (P. 539, 1259).

2. Eingetragene Genossenschaft. GenG. § 17 Abs. 2 bestimmt: „Genossenschaften gelten als Kaufleute im Sinne des HGB., soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält." Diese Gesetzesvorschrift ist maßgebend geblieben (EGHGB. Art. 2 Abs. 2). Die Genossenschaft ist daher Kaufmann, aber nicht „Handelsgesellschaft" (D. 79). Besonders neben den Handelsgesellschaften wird die Genossenschaft aufgeführt z. B. in AuswG. § 3, SeemO. § 120.

3. Gegenseitigkeitsversicherungs-Verein. PrivVUntG. § 16 bestimmt: „Die in betreff der Kaufleute im ersten und dritten Buch des HGB. gegebenen Vorschriften, mit Ausnahme der §§ 1—7, finden auf die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit entsprechende Anwendung, soweit dieses Gesetz nicht ein Anderes bestimmt." Die Gegenseitigkeitsversicherung ist aber kein Gewerbebetrieb (§ 1 Anm. II a 1) und daher ein solcher Verein nicht nur keine Handelsgesellschaft (Str. 58 327), sondern auch nicht Kaufmann, außer insoweit sie im Einzelfall auch die Versicherung von Nichtmitgliedern gegen Prämie betreibt. Über die Nichtanwendbarkeit der §§ 33 ff. vgl. § 33 Anm. I a.

4. Kolonialgesellschaft. Maßgebend ist SchutzgebG. 25 VII 00 §§ 11—13.

5. Bergwerksgesellschaft. Der in EGBGB. Art. 67 enthaltene Vorbehalt für landesgesetzliche dem Bergrecht angehörende Vorschriften beschränkt nur die Anwendung des gemeinbürgerlichen Rechts des BGB., nicht auch die Anwendung des HGB. Nach EGHGB. Art. 5 findet HGB. § 2 nicht Anwendung auf Bergwerksgesellschaften, die nach den Vorschriften der Landesgesetze nicht die Rechte einer juristischen Person besitzen. Bergwerksgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit, namentlich also Gewerkschaften neueren Rechts, sind als solche in der Regel nicht Kaufleute nach § 1, weil nur Selbstgewonnenes veräußernd (§ 1 Anm. IX a 2). Dagegen sind sie eintragungspflichtig nach §§ 2, 33 ff. (D. 41).

6. Andere juristische Person. Sie unterliegt, wenn handeltreibend, den Vorschriften des HGB., gleichgültig, ob die juristische Persönlichkeit auf Gesetz, auf Verleihung im Verwaltungswege oder auf Erfüllung der für die Erlangung aufgestellten Vorschriften beruht. Doch bestehen in einzelnen Beziehungen Ausnahmen. So z. B. bezüglich der Betriebe des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes (§ 36), der Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten (§§ 452, 663), der Reichsbank (BankG. § 66). Anders als durch Reichsgesetz können solche Ausnahmen nicht bestimmt werden. Unwirksam sind daher z. B. abweichende landesrechtliche Vorschriften für öffentliche Banken; der hierauf bezügliche Vorbehalt des Art. 5 Abs. 2 ADH. wurde als nicht unbedenklich nicht in das HGB. übernommen (D. 19).

7. Nichtrechtsfähiger Verein. Ob er Kaufmann sein kann, vgl. § 1 Anm. IV d 3. Ob ein solcher Verein im Handelsregister eingetragen werden darf, vgl. § 33 Anm. II.

8. Erbengemeinschaft, Fortgesetzte Gütergemeinschaft. Ob sie Kaufmann sein können, vgl. § 1 Anm. IV d 3. Ob sie im Handelsregister einzutragen sind, vgl. § 105 Anm. I d 2.

9. Konsortium oder Syndikat. Ein Konsortium oder Syndikat ist im Zweifel Gesamthandsgesellschaft nach gemeinbürgerlichem Recht (RG. 56 207). Daher zu vergleichen unten zu 12. Gemeinbürgerliche Gesellschaft ist auch ein Begebungskonsortium (RG. 56 210). Und zwar gleichgültig, ob im Einzelfall das Eigentum an den zu begebenden Werten nur der leitenden Bank zustehen und nur der Erlös Gesamteigentum der Konsorten werden, oder ob bereits die zu begebenden Werte Gesamteigentum der Konsorten werden sollten (RG. 56 210), ferner, ob das Eigentum unmittelbar vom Konsortium auf den Zeichner (RG. 56 300) oder zunächst vom Konsortium an die Zeichnungsstelle und erst von dieser an den Zeichner übergehen soll. — Der Betrieb

durch ein Konsortium oder Syndikat wird, weil ihm in der Regel das Merkmal der beabsichtigten Dauer (§ 4 Anm. II a 2) fehlt, meistens nicht Gewerbe sein.

10. Kartell. Nach früherem Recht wurde als nicht unter den Begriff der Gesellschaft fallend, wenngleich ihr nahestehend erachtet eine Vereinigung von Gewerbetreibenden zwecks Hinwirkung auf Festhaltung von Mindestpreisen gegenüber den Abnehmern der im übrigen ganz selbständig bleibenden Teilnehmer durch Vereinbarung von Vertragsstrafen für Unterbietung (RG. 53 22). Nach jetzigem Recht werden indessen solche Vereinigungen in der Regel die Merkmale einer gemeinbürgerlichen Gesellschaft aufweisen. Daher zu vergleichen unten zu 12. Derartige Vereinbarungen fallen nicht unter die Bestimmung der GewO. § 152 Abs. 2, wonach die dort erwähnten Verabredungen weder durch Klage noch Einrede geltend gemacht werden können und der Rücktritt von ihnen frei steht (RG. 38 161, 53 20). Doch hat der einzelne Teilnehmer das Recht, zurückzutreten, wenn eine größere Zahl der übrigen Teilnehmer durch ihr Verhalten die Erreichung des Vertragszwecks unmöglich macht (RG. 53 22).

11. Minderkaufmännische Vereinigung. Vgl. § 4 Anm. IV b 4.

12. Gemeinbürgerliche Gesellschaft. Ob sie Kaufmann sein kann, vgl. § 1 Anm. IV d 3. Ob sie als solche, wenn ein vollkaufmännisches Gewerbe treibend, in das Handelsregister eingetragen werden kann, vgl. § 33 Anm. II. Über die Folgen einer solchen Eintragung vgl. § 105 Anm. II c.

13. Stille Gesellschaft. Sie ist nicht Handelsgesellschaft (§ 335 Anm. I b), aber eine Gesellschaft im Sinn des BGB. (§ 335 Anm. I a). Die stille Gesellschaft kann im Handelsregister nicht eingetragen werden, da sie hierdurch die Eigenschaft als „stille“ verlöre. Kaufmann ist nicht die stille Gesellschaft, auch nicht der stille, sondern nur der haftende Gesellschafter (§ 1 Anm. IV d 3).

14. Sonstige Vereinigungsformen. Auch in anderen als den im HGB. und anderen Gesetzen ausgeprägten Formen darf ein Handelsgewerbe unter Beteiligung mehrerer Personen betrieben werden; jene Gesetze erschöpfen nicht die möglichen Formen (ROH. 23 167, KGJ. 15 8).

b. **Ausländische.** Ausländisch sind juristische Personen und Handelsgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit nur, wenn sie außerhalb Deutschlands ihren Sitz haben. Befindet sich dagegen der Sitz innerhalb eines deutschen Bundesstaates, so haben sie nach dem ausdehnend auszulegenden Art. 3 Reichsverfassung in einem anderen deutschen Bundesstaat gleiche Rechte mit den gleichartigen Vereinigungen des letzteren Staates (RG. 6 142 v. 14 IV 82, Esser § 201 Anm. 6; dagegen der [jetzt durch Vdg. d. Königs 16 XI 99 (GS. 562) Art. 6 ersetzte] Preuß. Erlaß 14 II 82 (GS. 18), PrAGBGB. Art. 7 § 2, Staub Anm. 3, Ring § 210 Nr. 1, Lehmann Recht d. AGen. 1 262). Über deutsche Handelsgesellschaften in Konsulatsbezirken vgl. unten zu c. Über ausländische, der oHG. ähnliche Bildungen vgl. § 105 Anm. IV.

1. Rechtsfähigkeit. Nach früherem Recht war anerkannt (Str. 1 100, P. 371, ROH. 22 148, RG. 6 137 ff., 21 4, M. 190), daß — entsprechend den Bestimmungen bei natürlichen Personen — die privatrechtliche Rechtsfähigkeit einer Handelsgesellschaft, die im Ausland ihren Sitz hat, auch im Inland dann anzunehmen ist, wenn die Rechtsfähigkeit nach dem ausländischen, am Ort des Sitzes maßgebenden Recht besteht. — Es scheint, daß EGBGB. § 10 dahin ausgelegt werden muß, daß dies nicht geändert werden sollte. Die in Betracht kommenden Bestimmungen lauten:

BGB. § 22: „Ein Verein“ (hierin sind diejenigen Handelsgesellschaften und Kaufleute, die juristische Personen sind, mitbegriffen, Vorbem. II zu Buch II Abschn. 3), „dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. Die Verleihung steht dem Bundesstaate zu, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hat.“ (§ 23 bezieht sich nur auf die auch im Ausland nicht rechtsfähigen ausländischen Vereine.)

EGBGB. Art. 10: „Ein einem fremden Staat angehörender und nach dessen

Gesetzen rechtsfähiger Verein, der" (hier ist, um den beabsichtigten Sinn zu erhalten, einzuschalten: „wenn er seinen Sitz im Inland hätte") „die Rechtsfähigkeit im Inlande nur nach den Vorschriften der §§ 21, 22 BGB. erlangen könnte, gilt als rechtsfähig, wenn seine Rechtsfähigkeit durch Beschluß des Bundesrats anerkannt ist. . . . ."

Da nach Reichsrecht die inländischen Handelsgesellschaften und Genossenschaften Rechtsfähigkeit auch ohne staatliche Verleihung erlangen, findet auf sie § 22 BGB. nicht Anwendung. Mithin auf entsprechende ausländische Gesellschaften auch nicht EGBGB. Art. 10 (ebenso OLG. Hamburg 7 XI 03 OLGRspr. 8 12, 23 III 04 OLGRspr. 9 29, 22 XI 04 OLGRspr. 10 129). Anders allerdings bei solchen ausländischen Gesellschaften, deren Verfassung so stark von den Verfassungen inländischer Handelsgesellschaftsformen abweicht, daß sie keiner der letzteren in den wesentlichen Punkten entspricht. — Die rechtliche Natur einer Gesellschaft ist nach dem an ihrem Sitz geltenden Recht zu beurteilen (RG. 36 394). — Über Verlegung des Sitzes einer inländischen AG. in das Ausland vgl. § 292 Anm. Ie 3. — Auch für die Parteifähigkeit der ausländischen Gesellschaft im Inland ist das am Sitz jener Gesellschaft geltende Recht, also, wenn sie nur im Ausland ihren Sitz hat, das ausländische Recht maßgebend (OLG. Hamburg 14 VI 04 OLGRspr. 9 253).

2. Kaufmannseigenschaft. Sie richtet sich nach inländischem Recht, soweit der betreffende Gewerbebetrieb im Inland stattfindet.

3. Staatsverträge. Die 1884 geltenden Bestimmungen sind wie folgt zusammengestellt in der Begründung zum Aktiengesetz v. 1884 S. 190: „Die vom Deutschen Reich mit der Schweiz (Bundesrats-Drucks. 1869 Nr. 102, Prot. §§ 289, 318), Großbritannien (ZBl. 74 143; Bundesrats-Drucks. Nr. 83, Prot. § 293 von 1873), Belgien (ZBl. 73 380; Bundesrats-Drucks. Nr. 166, Prot. § 568 von 1873), Italien (Konvention 8 VIII 73 ZBl. 73 288; Bundesrats-Drucks. Nr. 144, Prot. § 527 von 1873; vgl. auch Handels- und Schiffahrtsvertrag 4 V 83, RGBl. 109, Schlußprotokoll zu Art. 2), Serbien (Handelsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und Serbien 6 I 83, RGBl. 41, Art. 2 und Schlußprotokoll zu diesem) und Spanien (Handels- und Schiffahrtsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und Spanien 12 VII 83 RGBl. 307, Art. 4) abgeschlossenen Vereinbarungen haben nur die rechtliche Anerkennung der gegenseitigen Aktiengesellschaften geregelt, dagegen die Vorschriften der einzelnen Landesgesetze über die Befugnis zum Geschäftsbetriebe, sowie über die wegen des Gegenstandes des Unternehmens erforderliche staatliche Konzession und Aufsicht unberührt gelassen. Dasselbe findet sich ausgesprochen in Artikel 19 der Handelsverträge mit Österreich-Ungarn 16 XII 78 (RGBl. 371; vgl. noch Bundesrats-Drucks. Nr. 7 und Prot. § 333 von 1872) und 23 V 81 (RGBl. 129)." Einige der vorstehend erwähnten Verträge sind jedoch inzwischen außer Kraft getreten. Das Abkommen mit der Schweiz 13 V 69 wegen gegenseitiger Anerkennung der AGen. ist unter Festsetzung einer einjährigen Kündigungsfrist und unter Ausdehnung des Abkommens auf das ganze Deutsche Reich verlängert worden (Erl. d. RK. 24 VIII 99 ZBl. 306). Aus den späteren Staatsverträgen enthalten ausdrückliche Bestimmungen über die Anerkennung der Rechtsfähigkeit ausländischer Gesellschaften diejenigen mit Griechenland (Handels- und Schiffahrtsvertrag 9 VII 84 Art. 4, RGBl. 85 23), Italien (Handels-, Zoll- und Schiffahrtsvertrag 6 XII 91 Schlußprotokoll zu Art. 2, RGBl. 92 97), Orange-Freistaat (Freundschafts- und Handelsvertrag 28 IV 97, Art. 5, RGBl. 98 95, alle Rechte der meistbegünstigten Nation), Österreich-Ungarn, (Handels- und Zollvertrag 6 XII 91 Art. 19 Abs. 5, RGBl. 92 3, Zulassung auch zum Geschäftsbetrieb für AG., KAG. und Versicherungsgesellschaften), Rumänien (Handelsvertrag 21 X 93, Vorbehalt im angehängten Schreiben v. 3/15 X 93 Abs. 4, RGBl. 94 105: der Vertrag habe nur die physischen, nicht auch die juristischen Personen im Auge; die Gewährung der Erlaubnis zur Niederlassung und die Kontrolle über den Geschäftsbetrieb von Gesellschaften kommerzieller, industrieller oder finanzieller Natur solle daher den Bestimmungen

der betreffenden Gesetze vorbehalten bleiben), Rußland (Vereinbarung 22 VIII 85, ZBl. Nr. 35, Handels- und Schiffahrtsvertrags 10 II/20 I 94 Art. 4, RGBl. 153), Serbien (Handels- und Zollvertrag 21/9 VIII 92 Art. II Abs. 1 „oder in Gesellschaften" und Abs. 5 alle „Rechte der meistbegünstigten Nation", Schutzprotokoll zu Art. II, letzteres enthaltend Bestimmungen über gegenseitige Zulassung zur Verfolgung aller Rechte und über Gleichberechtigung der deutschen mit den serbischen Gesellschaften in Serbien, RGBl. 93 269), Südafrikanische Republik (Freundschafts- und Handelsvertrag 22 I 85, Art. 4, RGBl. 86 209, alle Rechte der meistbegünstigten Nation).

Über das in den einzelnen Staaten des Auslandes gegenüber deutschen Gesellschaften in dieser Beziehung geltende Recht s. Begründung zum Aktiengesetz von 1884 S. 184 ff. und die vorstehend erwähnten Staatsverträge.

2. Gewerbebetrieb. Der § 12 Abs. 1 GewO. bestimmt:

„Hinsichtlich des Gewerbebetriebes der juristischen Personen des Auslandes bewendet es bei den Landesgesetzen".

Diejenigen ausländischen Handelsgesellschaften, die nicht juristische Personen sind, unterstehen hiernach nur den gewöhnlichen Bestimmungen der Gewerbeordnung. Ob die oHG. und die englische partnership juristische Personen sind, vgl. § 105 Anm. I c, IV. Für Preußen kommen in Betracht Pr.GewO. 17 I 45 in der durch G. 22 VI 61 (GS. 441) abgeänderten Gestalt, § 18: „Juristische Personen des Auslandes dürfen, sofern nicht durch Staatsverträge ein anderes bestimmt ist, nur mit Erlaubnis der Ministerien in Preußen ein stehendes Gewerbe betreiben. Hinsichtlich ausländischer Unternehmer von Versicherungsanstalten, sowie hinsichtlich ausländischer Auswanderungsunternehmer bewendet es bei den bestehenden Gesetzen." Die beiden hier erwähnten Ausnahmen sind jetzt durch Reichsgesetz geordnet; für ausländische Versicherungsunternehmungen ist maßgebend PrivVersUntG. §§ 85 ff., für ausländische Auswanderungsunternehmer AuswG. 9 VI 97 § 4. Bezüglich österreichisch-ungarischer, rumänischer, serbischer Gesellschaften und derjenigen der früheren südafrikanischen Republik und des früheren Orangefreistaats vgl. oben zu 1.

3. Erwerb von Grundeigentum. EGBGB. Art. 88 bestimmt:

„Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer von staatlicher Genehmigung abhängig machen."

Das diesen Gegenstand früher regelnde Pr. G. 4 V 46 ist aufgehoben durch Pr.AGBGB. Art. 89 Ziff. 13 und ersetzt durch Pr.AGBGB. Art. 7 §§ 2, 3:

§ 2. „Juristische Personen, die in einem anderen Bundesstaat ihren Sitz haben, bedürfen zum Erwerbe von Grundstücken im Werte von mehr als fünftausend Mark der Genehmigung des Königs oder der durch Königliche Verordnung bestimmten Behörde.

Der gleichen Genehmigung bedürfen ausländische juristische Personen zum Erwerbe von Grundstücken ohne Rücksicht auf den Wert."

§ 3. „Die in den §§ 1, 2 vorgeschriebene Genehmigung ist nicht erforderlich zu einem Erwerbe, der auf Grund einer nach Maßgabe des Artikel 6 genehmigten Schenkung oder Zuwendung von Todes wegen erfolgt."

und Preußische Verordnung des Königs v. 16 XI 99 (GS. 562) Art. 6:

„Die zum Erwerbe von Grundstücken nach Artikel 7 § 2 Abs. 1 des Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch erforderliche Genehmigung wird Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, eingetragenen Genossenschaften, eingeschriebenen Hilfskassen, rechtsfähigen gegenseitigen Versicherungsgesellschaften und Gewerkschaften, die außerhalb Preußens in einem deutschen Bundesstaat ihren Sitz haben, von den zuständigen Ministern erteilt."

Der Niederlassungsvertrag mit der Schweiz 31 V 90 ist nur auf natürliche Personen anwendbar (KG. 14 III 98 JMBl. 105). — Unter die vorerwähnten Bestimmungen des Pr.AGBGB. fällt nicht der Erwerb von Bergwerkseigentum, da hierin kein

Grundstückserwerb liegt (Bescheid d. Ministers 8 VI 77 ZBergr. 20 396, Staub-Gerhard AGBGB. Art. 7 Anm. I 6).

4. Inländische Zweigniederlassungen s. § 13 Abs. 3, für AG. und KAG. § 201 Abs. 5.

c. **In Konsulargerichtsbezirken.** KonsGG. 7 IV 00 § 2 bestimmt:

„Der Konsulargerichtsbarkeit" (in den Ländern, in denen sie besteht, KonsGG. § 1) „sind unterworfen:

1. Deutsche, soweit sie nicht in dem Lande, in dem die Konsulargerichtsbarkeit ausgeübt wird, nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen das Recht der Exterritorialität genießen;
2. Ausländer, soweit sie für ihre Rechtsverhältnisse durch Anordnung des Reichskanzlers oder auf Grund einer solchen dem deutschen Schutze unterstellt sind (Schutzgenossen).

Den Deutschen (Abs. 1 Nr. 1) werden gleichgeachtet Handelsgesellschaften, eingetragene Genossenschaften und juristische Personen, wenn sie im Reichsgebiet oder in einem deutschen Schutzgebiet ihren Sitz haben, juristische Personen auch dann, wenn ihnen durch den Bundesrat oder nach den bisherigen Vorschriften durch einen Bundesstaat die Rechtsfähigkeit verliehen worden ist. Das Gleiche gilt von offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, die in einem Konsulargerichtsbezirk ihren Sitz haben, wenn die persönlich haftenden Gesellschafter sämtlich Deutsche sind. Andere als die bezeichneten Handelsgesellschaften, eingetragenen Genossenschaften und juristischen Personen werden den Ausländern (Abs. 1 Nr. 2) gleichgeachtet.

Durch Anordnung des Reichskanzlers oder auf Grund einer solchen kann bestimmt werden, daß die im Abs. 2 Satz 1 bezeichneten Handelsgesellschaften, eingetragenen Genossenschaften und juristischen Personen, wenn Ausländer daran beteiligt sind, der Konsulargerichtsbarkeit nicht unterstehen."

Hierzu erging die Anordnung des Reichskanzlers 27 X 00 betr. die Konsulargerichtsbarkeit über Schutzgenossen (ZBl. 00 574):

§ 2. „In bügerlichen Rechtsstreitigkeiten, in Konkurssachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit werden dem deutschen Schutze unterstellt:

1. . . . .
2. Handelsgesellschaften und Genossenschaften, die nach § 2 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit den Ausländern gleichgeachtet werden, für alle sie betreffenden Rechtsverhältnisse, wenn sie in ein bei einem deutschen Konsulate geführtes Handels- oder Genossenschaftsregister eingetragen sind;

. . . ."

§ 4. „Die den Ausländern gleichgeachteten Handelsgesellschaften und Genossenschaften (§ 2 Nr. 2) sind in das Handels- oder Genossenschaftsregister nur dann einzutragen:

1. wenn sie für ihre Rechtsverhältnisse in dem Gesellschaftsvertrag oder in dem Genossenschaftsstatut ausdrücklich der Konsulargerichtsbarkeit unterworfen werden;
2. wenn sie einem erheblichen Interesse von Deutschen oder von Schutzgenossen der im § 1 Nr. 1, 2 bezeichneten Art" (Nr. 1: ehemalige Deutsche sowie Ehefrauen, Witwen und Abkömmlinge von solchen, Nr. 2: Angehörige befreundeter Staaten; beides, wenn Schutzgenossen) „dienen, und diesem Interesse nicht ein überwiegendes Interesse von Angehörigen eines fremden Staates gegenübersteht;
3. wenn sie nicht allgemeine deutsche Interessen gefährden.

Lehnt der Konsul die Eintragung wegen Fehlens einer der im Abs. 1 angegebenen Voraussetzungen ab, so findet gegen diese Entscheidung ausschließlich Beschwerde an den Reichskanzler statt.

Eine in dem Register eingetragene Gesellschaft oder Genossenschaft kann auf Anordnung des Reichskanzlers gelöscht werden, wenn Umstände vorliegen, die nach den Vorschriften des Abs. 1 die Ablehnung der Eintragung rechtfertigen würden."

II. **Anwendbarkeit der für Kaufleute gegebenen Vorschriften auf Handelsgesellschaften (§ 6 Abs. 1).** Der § 6 Abs. 1 stellt klar, daß wo im HGB. vom „Kaufmann" gesprochen

wird, nicht nur der Einzelkaufmann gemeint ist. Der § 6 Abs. 1 ist aber zu eng gefaßt, da nicht nur die Handelsgesellschaften, sondern mindestens auch juristische Personen, die nicht Handelsgesellschaft sind und in mehr oder weniger großem Umfang auch andere Vereinigungsformen den für Kaufleute gegebenen Vorschriften unterliegen (oben Anm. I a). — Ob unter Umständen die Anwendbarkeit der für Kaufleute gegebenen Vorschriften bereits beginnen kann, bevor die Gesellschaft den Gewerbebetrieb begonnen hat, vgl. § 105 Anm. II a. Betreibt eine oHG. oder KG. außer ihrem Handelsgewerbe auch Nichthandelsgeschäfte, so ist sie zwar auch in Ansehung des letzteren Teils ihres Betriebs oHG. oder KG., aber insoweit nicht Kaufmann (§ 105 Anm. II c). Eine AG., KAG., GmbH. und Gen. dagegen ist Kaufmann auch wenn und insoweit sie Nichthandelsgeschäfte betreibt (unten Anm. III).

III. **Vollkaufmanns-Eigenschaft der Vereine, die ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens Kaufmann sind (§ 6 Abs. 2).** Die in Abs. 1 aufgestellte Unterscheidung zwischen „Kaufmann" und „Handelsgesellschaft" ist in Abs. 2 bereits wieder verlassen. In Abs. 2 ist unter „Kaufmann" die „Handelsgesellschaft" mitbegriffen. Denn Abs. 2 will sich auf die AG., KAG., GmbH. und Gen. beziehen, während doch nach dem Gesetz nur die Gen. als „Kaufmann" (oben Anm. I a 2), die AG., KAG. und GmbH. aber als „Handelsgesellschaft" (§§ 210 Abs. 2, 320 Abs. 3, GmbHG. § 13 Abs. 3) gelten, auch wenn sie kein Handelsgewerbe betreiben. — Wenn § 6 Abs. 2 das in jenen Gesetzesvorschriften gebrauchte Wort „gelten" so auslegt, daß dadurch jenen Vereinsformen die „Eigenschaft eines Kaufmanns beigelegt" sei, so wird darin eine Bestätigung der Ansicht zu finden sein, daß jene Vereinsformen stets Kaufmann *sind*, nicht nur als solcher gelten, ohne es zu sein (§ 1 Anm. IV c). — Indem § 6 Abs. 2 die Anwendbarkeit des § 4 Abs. 1 auf die AG., KAG., GmbH. und Gen. ausschließt, legt er diesen Vereinsformen die Rechte und Pflichten eines Vollkaufmanns selbst für den Fall bei, daß sie nur ein minderkaufmännisches oder daß sie gar kein Gewerbe betreiben. Ob § 351 auf diese Vereinsformen anwendbar, vgl. § 351 Anm. II.

§ 7.

Öffentlichrechtliche Verbote.

Durch die Vorschriften des öffentlichen Rechtes, nach welchen die Befugniß zum Gewerbebetrieb ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist, wird die Anwendung der die Kaufleute betreffenden Vorschriften dieses Gesetzbuchs nicht berührt.

ADH. Art. 11. **Entw. I** § 6. **Entw. II** § 7.

Die Bestimmung bezieht sich nicht nur auf gewerbepolizeiliche und gewerbesteuerliche Vorschriften, sondern auf *alle* Vorschriften des öffentlichen Rechts, insbesondere auf diejenigen der Gesetze über die Rechtsverhältnisse der Beamten (D. 19). Auch wenn die Handelsgeschäfte dem Zweck dienen, andere in strafbarer Weise zu täuschen (z. B. Anschaffung von Rohstoffen zur Herstellung künstlichen Mineralwassers, welches als natürliches verkauft werden soll), sind die Gewerbetreibenden Kaufleute (*Bolze* 18 Nr. 253). — Ob bezüglich privatrechtlicher Verbote etwas Gegenteiliges anzunehmen, vgl. § 1 Anm. IV e. — Die Bestimmungen, inhalts deren vor gewissen Eintragungen in das Handelsregister die Urkunde über die erfolgte staatliche Genehmigung beizubringen ist (§§ 195 Nr. 6, 284 Nr. 4, 320 Abs. 3, GmbHG. § 8 Nr. 4, PrivVUntG. § 31 Nr. 1), enthalten keine Ausnahme von § 7, denn nur die Entstehung der betreffenden Vereinsform oder die Wirksamkeit des betreffenden Erhöhungsbeschlusses, nicht die Anwendung der Vorschriften des HGB. über Kaufleute ist von der Beibringung jener Urkunden mittelbar abhängig (vgl. §§ 188 Anm. II b, 33 Anm. II). — Aus § 7 folgt, daß — außer in den erwähnten Fällen — der Registerrichter die Eintragung in das Handelsregister selbst dann nicht von Beibringung einer staatlichen Genehmigungsurkunde abhängig machen darf, wenn der Gegenstand des Gewerbes genehmigungspflichtig ist.

Zweiter Abschnitt.

Handelsregister.

§ 8.

Registergericht.

Das Handelsregister wird von den Gerichten geführt.

ADH. Art. 12 Abs. 1. **Entw. I** § 7. **Entw. II** § 8.

I. **Gerichte.** Der § 8 ordnet an, daß Gerichte — nicht Verwaltungsbehörden — das Handelsregister zu führen haben. Welche Gerichte zuständig sind, bestimmt das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hiernach sind zuständig die Amtsgerichte; durch Anordnung der Landesjustizverwaltung kann die Führung des Registers für mehrere Amtsgerichtsbezirke einem Amtsgericht übertragen werden (FGG. § 125, abgedruckt hinter HGB. § 16). In den Konsulargerichtsbezirken wird das Handelsregister durch den Konsul geführt (KonsGG. 7 IV 00 § 7 Nr. 2), in den Schutzgebieten durch den vom Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigten Beamten (SchutzgebG. 25 VII 00 § 2). — Unter Umständen können auch die übergeordneten Gerichte Eintragungen und Löschungen verfügen (FGG. §§ 19 ff., 143 Abs. 1, 144 Abs. 2). Das Amtsgericht ist als Registergericht zuständig auch gegenüber den Mitgliedern des hohen Adels (KG. 23 IX 01 EntschFG. 2 224 KGJ. 23 A 79).

II. **Verfahren.** Welches Verfahren zu beobachten, ist in HGB. §§ 10 ff., FGG. §§ 126 ff. (abgedr. hinter HGB. § 16) und den auf Grund des § 200 FGG. erlassenen landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen (für Preußen: PrFGG. Art. 29, Vf. d. JM. 7 XI 99 JMBl. 313, abgedr. 12. Aufl. Bd. III S. 391 ff.) geordnet.

III. **Sonstige Register.** Außer dem Handelsregister sind zu führen das Musterregister (MustG. 11 I 76 § 9 Abs. 1), das Genossenschaftsregister (Bk. d. RK. 11 VII 89, RGBl. 150, § 1), die Börsenregister für Waren und für Wertpapiere (BörsG. § 54), die Schiffsregister für Seeschiffe (FlaggenG. 22 VI 99, RGBl. 319, §§ 4 ff.) und für Binnenschiffe (BinnenSchG. §§ 119 ff.), das Vereinsregister (FGG. §§ 159 ff.) und das Güterrechtsregister (FGG. §§ 161 f.). Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sind in das Handelsregister einzutragen (PrivVUntG. §§ 16, 30 ff.).

§ 9.

Öffentlichkeit. Bescheinigungen.

Die Einsicht des Handelsregisters sowie der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke ist Jedem gestattet.

Von den Eintragungen kann eine Abschrift gefordert werden; das Gleiche gilt in Ansehung der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke, sofern ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird. Die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen.

Das Gericht hat auf Verlangen eine Bescheinigung darüber zu ertheilen, daß bezüglich des Gegenstandes einer Eintragung weitere Eintragungen nicht vorhanden sind oder daß eine bestimmte Eintragung nicht erfolgt ist.

ADH. Art. 12 Abs. 2. **Entw. I** § 8. **Entw. II** § 9.

I. **Einsicht (Abs. 1).** Die Einsicht kann nur während der Dienststunden verlangt werden (D. 23), aber auch außerhalb der etwa enger begrenzten Sprechstunden des Gerichtsschreibers (Staub Anm. 1). In dem Recht auf Einsicht liegt die Befugnis, Auszüge und Abschriften selbst zu fertigen.

a. **Das Handelsregister** ist unbeschränkt öffentlich. Auch in Ansehung nicht bekanntgemachter Eintragungen (vgl. D. 112). Jeder, auch ohne Glaubhaftmachung eines Interesses, darf es einsehen. Der Inhalt der Eintragungen ist aber nicht offenkundig im Sinn des § 291 CPO. außer für das Gericht, welches das Register führt (RG. 13 371).

b. **Die zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke** sind ebenfalls unbeschränkt öffentlich. Hierunter sind die bei Gericht gefertigten Protokolle mitbegriffen (KG. 4 II 01 EntschFG. 2 71 KGJ. 22 A 90 OLGRspr. 2 310).

c. **Der übrige Inhalt der Registerakten.** Bezüglich desjenigen Teiles der Gerichtsakten, der in anderem besteht als den zum Handelsregister eingereichten Schriftstücken, ist anwendbar die allgemeine Vorschrift des FGG. § 34: „Die Einsicht der Gerichtsakten kann jedem insoweit gestattet werden, als er ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht. Das Gleiche gilt von der Erteilung einer Abschrift; die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen." So z. B. bezüglich der in den Registerakten befindlichen richterlichen Verfügungen (KG. 4 III 01 OLGRspr. 2 397).

II. **Abschriften (Abs. 2).** Ohne Glaubhaftmachung eines Interesses kann Abschrift der Eintragungen im Handelsregister, nur nach Glaubhaftmachung eines Interesses Abschrift der eingereichten Schriftstücke (Anm. Ib) und (FGG. § 34) des übrigen Inhalts der Registerakten (Anm. Ic) gefordert werden. Daß die Versicherung eines Beteiligten an Eidesstatt als Mittel der Glaubhaftmachung zulässig, bestimmt FGG. § 15 Abs. 2. Für die Erteilung einer Abschrift sind die Kosten zu erlegen (D. 23); für Preußen vgl. GKG. (GS. 00 326) § 74 Abs. 2 u. Vf. d. JM. 31 III 96 (JMBl. 117). Daß auch die Handelskammer zum Ersatz der Schreib- und Portoauslagen der auf ihren Antrag erteilten Abschriften verpflichtet, vgl. zu FGG. § 126 (hinter HGB. § 16). — Da das Gesetz keine Einschränkung enthält, so muß als zulässig auch das Verlangen angesehen werden, eine Abschrift des ganzen bei einem Gericht geführten Handelsregisters zu erteilen; ein Bedürfnis kann z. B. für Herausgeber von Adreßbüchern vorliegen, und die hierdurch vermehrte Bekanntmachung des Registerinhalts kann nur wünschenswert sein.

III. **Bescheinigungen (Abs. 3).** Der Abs. 3 bestimmt die Verpflichtung des Gerichts, in den dort angegebenen Fällen Bescheinigungen über Nichtvorhandensein von Eintragungen zu erteilen. Nicht auch in anderen Fällen besteht eine solche Verpflichtung, z. B. nicht, wenn die Anfrage allgemeiner lautet, ob bezüglich irgend einer Firma in dem betreffenden Handelsregister eine bestimmte Art von Eintragungen erfolgt ist. — Neben dem Recht auf Erteilung einer beglaubigten Abschrift erkennt das HGB. kein Recht auf Erteilung einer Bescheinigung über erfolgte Eintragungen an. Daher kann nicht etwa auf Grund des § 9 Abs. 3 eine Bescheinigung darüber verlangt werden, daß die in einer überreichten Liste enthaltenen Firmen eingetragen sind. Dagegen ist das Gericht, wenngleich nicht zur Erteilung einer förmlichen Bescheinigung, dennoch zu einer Auskunftserteilung darüber verpflichtet, ob die in einer überreichten Liste aufgeführten Firmen eingetragen sind, denn, wenn der Antrag gestellt wäre, zu bescheinigen, daß sie nicht eingetragen sind, so würde bei Ablehnung dieses Antrages in der erforderlichen Begründung dieser Ablehnung die erbetene Auskunftserteilung liegen (vgl. KG. 7 XII 03 EntschFG. 4 101 KGJ. 27 A 215). Indessen braucht die Auskunftserteilung sich nur darauf zu erstrecken, ob bezüglich der betreffenden Firma überhaupt eine Eintragung vorhanden ist, nicht auch darauf, welches der genaue Inhalt dieser Eintragung ist (Düringer-Hachenburg Anm. IV). — Soweit nach deutschem Gesetz die Führung eines Nachweises durch Bescheinigung der Registerbehörde erforderlich ist, muß, falls das betreffende Handelsregister im Ausland geführt wird, die Bescheinigung der ausländischen Registerbehörde beigebracht werden; bezüglich der Länder, in denen ein Register geführt wird, genügt daher nicht die Bescheinigung eines Notars über den Registerinhalt (KGJ. 16 27).

IV. **Zeugnis nach Grundbuchordnung § 33** insbesondere. Die GBO. § 33 bestimmt:

„Der Nachweis, daß der Vorstand einer Aktiengesellschaft aus den im Handelsregister eingetragenen Personen besteht, wird durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung geführt.

Das Gleiche gilt von dem Nachweise der Befugnis zur Vertretung einer offenen Handels-

gesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung."

Hiermit ist dem Registerrichter nichts über § 9 Hinausgehendes aufgebürdet, er braucht z. B. nicht eine Bescheinigung auszustellen, „daß am 24. Juli 1894 A als alleiniger Vorstand der Gesellschaft B im Handelsregister eingetragen war"; vielmehr besteht das in § 33 GBO. erwähnte Zeugnis lediglich in einer Abschrift der im Handelsregister für den fraglichen Zeitpunkt sich vorfindenden Eintragungen mit hinzugefügter amtlicher Bescheinigung der Richtigkeit dieser Abschrift (KG. 28 VIII 00 EntschFG. 1 151). Indessen wird der Registerrichter für berechtigt zu erachten sein, das Zeugnis auch in kürzerer Form als durch Erteilung einer vollständigen Abschrift mit Richtigkeitsbescheinigung auszustellen, und auch ein solches Zeugnis, wenn es inhaltlich erschöpfend ist, muß dem Grundbuchrichter genügen. Derartige Zeugnisse des Registerrichters sind in entsprechender Anwendung des § 33 GBO. für zulässig und für den Grundbuchrichter genügend zu erachten auch bezüglich anderer als der im GBO. § 33 erwähnten Eintragungen, wie z. B. zum Nachweis, wer Liquidator einer AG. (Goldmann Anm. 3), oder wer Vorstand oder Liquidator einer nach § 33 eingetragenen juristischen Person oder Inhaber einer Einzelfirma (Düringer-Hachenburg Anm. IV; dagegen Staub Anm. 3, Goldmann Anm. 3) ist. Statt der Urschrift der Bescheinigung genügt in der Regel eine öffentlich beglaubigte Abschrift (KG. 31 VII 00 KGBl. 89, 8 X 00 KGJ. 20 A 285). Der § 33 GBO. erklärt das dort erwähnte Zeugnis für genügend, nicht für erforderlich; statt des Zeugnisses genügt ein beglaubigter Auszug aus dem Handelsregister (KG. 2 IV 02 EntschFG. 3 106 KGJ. 24 A 97 OLGRspr. 4 464).

Der Grundbuchrichter hat im Einzelfall unter Erwägung aller in Betracht kommenden Umstände, insbesondere unter Berücksichtigung der Zeit, welche für die Bewirkung der nach § 15 erheblichen Bekanntmachung erforderlich ist, zu prüfen, ob die Fortdauer der Vertretungsmacht über die Zeit der Ausstellung des Zeugnisses hinaus als dargetan erachtet werden kann (KG. 14 V 00 KGJ. 20 A 179 OLGRspr. 1 193). Ein Zeitraum von 6 Wochen wurde als ein zu langer erachtet (KG. 6 VI 00 OLGRspr. 1 194).

Wird das Handelsregister bei dem Gericht geführt, das die Grundbucheintragung zu bewirken hat, so liegt hinsichtlich der im Handelsregister bekundeten Vorgänge Offenkundigkeit (GBO. § 29) vor (OLG. Colmar 23 II 03 OLGRspr. 6 475).

V. **Vorläufige Bescheide des Registergerichts.** Das Recht zur Ausstellung von Bescheinigungen, daß einer bestimmten Eintragung Bedenken nicht entgegenstehen, ist dem Gericht nicht erteilt; derartige Auskünfte sind unverbindliche Rechtsbelehrungen des derzeitigen Registerrichters (KGJ. 11 29). Über die Unzulässigkeit der Beschwerde gegen einen solchen vorläufigen Bescheid vgl. zu FGG. § 19 (hinter HGB. § 16).

VI. **Auskunftspflicht auf Grund besonderer Gesetze.** Nach Sondergesetzen kann gegenüber bestimmten Behörden und bezüglich bestimmter Eintragungen eine über § 9 hinausgehende Auskunftspflicht des Gerichts bestehen. So z. B. nach Gewerbeunfallversicherungsgesetz § 144 gegenüber den mit dem Vollzuge dieses Gesetzes befaßten Behörden (KG. 7 XII 03 EntschFG. 4 101 KGJ. 27 A 215 OLGRspr. 8 385). Die Steuerbehörden sind berechtigt, sich durch Einsicht oder Abschriften aus dem Handelsregister und den eingereichten Schriftstücken Aufklärung über die Einlagen bestimmter steuerpflichtiger Personen zu verschaffen (KB. 11). Ein berechtigtes Interesse der Steuerbehörde, Abschrift des ganzen Handelsregisters zu verlangen, ist dagegen an sich nicht als vorliegend anzuerkennen (KB. 11); jedoch kann sie, wenn sie im Einzelfall ein solches Interesse glaubhaft macht, die Abschrifterteilung auf Grund des § 9 Abs. 2 beanspruchen (Goldmann Anm. 2).

§ 10.

Bekanntmachung der Eintragungen.

Das Gericht hat die Eintragungen in das Handelsregister durch den Deutschen Reichsanzeiger und durch mindestens ein anderes Blatt bekannt zu machen. So-

weit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt, werden die Eintragungen ihrem ganzen Inhalte nach veröffentlicht.

Mit dem Ablaufe des Tages, an welchem das letzte der die Bekanntmachung enthaltenden Blätter erschienen ist, gilt die Bekanntmachung als erfolgt.

ADH. Art. 13. **Entw. I** § 9. **Entw. II** § 10.

I. **Äußere Form** der Bekanntmachung. Die Bekanntmachung im Reichsanzeiger und in den anderen Blättern ist nur je einmal zu bewirken (D. 24, Vf. d. Pr.JM. 7 XI 99 § 12 Abs. 4). Hat das Gericht mehrere andere Blätter bezeichnet (§ 11), so muß in jedem dieser Blätter bekannt gemacht werden, damit jeder, der auch nur eines dieser Blätter liest, sicher sein kann, alle von diesem Gericht ausgehenden Bekanntmachungen gelesen zu haben (P. 897). Die Eintragung und die Veröffentlichung sollen ungesäumt erfolgen; durch Ansammlung behufs gleichzeitiger Veröffentlichung darf keine Verzögerung eintreten (KB. 12, Vf. d. Pr.JM. 7 XI 99 § 11). FGG. § 130 Abs. 2 ordnet neben der in HGB. § 10 bestimmten öffentlichen Bekanntmachung eine besondere Bekanntmachung an den Antragsteller an, auf die jedoch verzichtet werden kann.

II. **Inhalt** der Bekanntmachung.

a. **„Ihrem ganzen Inhalte nach“** ist die Eintragung zu veröffentlichen. Dies bedeutet nicht, daß sie notwendig wortgetreu veröffentlicht werden muß. Ob die bei den gewöhnlichen kleineren Eintragungen immer in gleicher Weise sich wiederholenden verbindenden Worte bei jeder einzelnen Eintragung in derselben Wortfolge wie im Handelsregister stehen und die einleitende Mitteilung, daß eingetragen sei, stets wiederkehrt, oder ob durch eine Anordnung in Tabellenform nur einmal für eine große Zahl gleichartiger Eintragungen jene Worte und jene Mitteilung gedruckt werden, ist unerheblich. Auch das letztere ist eine Veröffentlichung des „ganzen Inhalts“, sie empfiehlt sich durch Übersichtlichkeit (zumal bei der Zentralisation im Reichsanzeiger) und durch Billigkeit (vgl. H. Makower, Beiträge zur Beurteilung des Entwurf eines HGB. S. 8 und in ZZP. 20 24 ff.). Die Vf. d. Pr.JM. 7 XI 99 § 12 bestimmt tunlichste Zusammenfassung mehrerer Bekanntmachungen desselben Gerichts und Fortlassung der Spaltenüberschriften des Registers, der Unterschrift des Gerichtsschreibers, der Verfügung, durch welche die Eintragung angeordnet ist, der Geschäftsnummer, etwaiger Verweisungen und der Namensunterschrift unter der Bezeichnung des Gerichts. — Nicht Eingetragenes ist nicht bekannt zu machen, selbst nicht auf Antrag der Beteiligten (vgl. P. 1098, § 12 Anm. V c), also z. B. nicht Geschäftszweig (§ 29 Anm. IV b 3 gegen D. 39, Vf. d. Pr. JM. 12 VI 00), Ort des Geschäftsraums (§ 29 Anm. IV b 3 gegen D. 39), Ort der Wohnung des Geschäftsinhabers (§ 29 Anm. IV c 2, Staub Anm. 1 gegen Vf. d. Pr. JM. 7 XI 99). Durch Hinzufügung solcher Angaben wird die Veröffentlichung nicht unwirksam. Indessen ist der Geschäftsinhaber, wenn er nicht die Bekanntmachung verlangt hat, nicht für verpflichtet zu erachten, die hierdurch entstandenen Mehrkosten zu tragen (abweichend Staub Anm. 1, Goldmann Anm. 1; Gegenteil auch vorausgesetzt in D. 39). — Weicht die Bekanntmachung inhaltlich in wesentlicher Weise von der Eintragung ab, so ist die Bekanntmachung unwirksam, während die Wirksamkeit der Eintragung unberührt bleibt (Staub Anm. 1, Lehmann Nr. 7, Goldmann Anm. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II).

b. **„Soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt“.** Veröffentlichung von mehr als dem Eingetragenen ist vorgeschrieben in §§ 199, 201, 277, 284 Abs. 5, 286, Fortlassung eines Teiles der eingetragenen Tatsachen in § 162 Abs. 2, 3, § 175, Unterlassung der Veröffentlichung in §§ 32, 34 Abs. 5. — Ob der Vermerk im Hauptregister über Errichtung oder Aufhebung einer Zweigniederlassung zu veröffentlichen, vgl. § 13 Anm. II c 2.

III. **Zeitpunkt der bewirkten Bekanntmachung.** Der § 10 Abs. 2 bestimmt, daß bei mehreren Bekanntmachungen der Zeitpunkt der letzten, und daß nicht der Augenblick des Erscheinens, sondern erst der Ablauf des Tages, an dem das Erscheinen stattgefunden hat, maßgebend ist. Der Tag des Erscheinens ist der entscheidende, auch wenn das Blatt vordatiert ist (KGJ. 2 23).

— Über Bestimmung des Zeitpunkts bei Bekanntmachungen der Gesellschaftsbehörden vgl. § 255 Anm. II, § 297 Anm. II.

§ 11.

Bezeichnung der Blätter für Veröffentlichungen.

Das Gericht hat jährlich im Dezember die Blätter zu bezeichnen, in denen während des nächsten Jahres die im § 10 vorgesehenen Veröffentlichungen erfolgen sollen.

ADH. Art. 14. **Entw. I** § 10. **Entw. II** § 11.

I. **Bezeichnung** der Blätter. In welcher näheren Weise die „Bezeichnung" zu erfolgen hat, kann durch Anordnung der Justizverwaltungsbehörde gültig vorgeschrieben werden (OLG. Königsberg 9 X 03 OLGRspr. 8 251, RG. 58 430); in Preußen ist dies durch Verfügung des Justizministers 4 XII 00 (JMBl. 642) geschehen. Doch ist nur eine Art der Bezeichnung zulässig, durch welche unmittelbar oder mittelbar die Veröffentlichung der Bezeichung erreicht wird (dagegen Goldmann II 2). Ungenügend ist daher ein nicht veröffentlichter Vermerk in den Akten (Staub Anm. 2, Düringer-Hachenburg Note I); genügend aber eine Anheftung an die Gerichtstafel (dagegen Staub Anm. 2). — Daß die Bezeichnung „im Dezember" erfolgen soll, ist nur Ordnungsvorschrift (abweichend Goldmann I); die Bezeichnung wird nicht dadurch ungültig, daß sie zu anderer Zeit geschieht; sonst wäre es ein Jahr lang unmöglich, eine versehentliche Unterlassung wieder gut zu machen oder im Fall des Eingehens eines bezeichneten Blattes (unten Anm. III) ein anderes bezeichnen. — Ist die Bezeichnung erfolgt, so kann sie — außer wenn ein bezeichnetes Blatt eingeht (unten Anm. III) — nicht wirksam im Lauf des Jahres geändert werden.

II. **Welche** Blätter das Gericht bezeichnen will, hat es nach freiem Ermessen zu bestimmen; die im Entwurf § 128 zum FGG. vorgeschlagene Vorschrift, daß die Landesjustizverwaltungen befugt sein sollen, den Registergerichten Anweisungen bezüglich der für die Bekanntmachung der Eintragungen zu bestimmenden Blätter zu erteilen, wurde vom Reichstag abgelehnt. Maßgebend für die Auswahl wird sein, welche Blätter in dem betreffenden Bezirk von Vollkaufleuten am meisten gelesen werden. Aus § 10 Abs. 1 geht hervor, daß der Reichsanzeiger nicht bezeichnet werden kann, daß genügend ist, wenn ein anderes Blatt bezeichnet wird (dagegen Goldmann II 3 mit Rücksicht auf § 11 „die Blätter"), daß aber auch mehrere andere Blätter bezeichnet werden können.

III. **Eingehen eines der bezeichneten Blätter.** Der Art. 14 der ADH. enthielt die Vorschrift: „Wenn eines der bestimmten Blätter im Laufe des Jahres zu erscheinen aufhört, so hat das Gericht ein anderes Blatt an dessen Stelle zu bestimmen . . ." Auch jetzt kann das Gericht ebenso verfahren. Statt dessen kann aber das Gericht, so lange die Vorschrift des § 10 Abs. 1 gewahrt bleibt, also mindestens ein bezeichnetes Blatt außer dem Reichsanzeiger noch vorhanden ist, bestimmen (Anm. I), daß künftig die Veröffentlichung in den übrigen Blättern genügen solle.

§ 12.

Anmeldung. Zeichnung von Unterschriften.

Die Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister sowie die zur Aufbewahrung bei dem Gerichte bestimmten Zeichnungen von Unterschriften sind persönlich bei dem Gerichte zu bewirken oder in öffentlich beglaubigter Form einzureichen.

Die gleiche Form ist für eine Vollmacht zur Anmeldung erforderlich. Rechtsnachfolger eines Betheiligten haben die Rechtsnachfolge soweit thunlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen.

ADH. Art. 19, 45 u. a. **Entw. I** § 11. **Entw. II** § 12.

I. **Persönliches Bewirken bei dem Gericht oder Einreichung in öffentlich beglaubigter Form.** Die wahlweise Einhaltung einer dieser Formen ist in § 12 für die Anmeldung zur Eintragung (unten Anm. II), die Zeichnung (unten Anm. III) und die Anmeldungsvollmacht (unten Anm. IIb 1) vorgeschrieben. Nicht auch für andere einzureichende Schriftstücke (unten Anm. IV).

a. **Persönliches Bewirken bei dem Gericht.**

1. Persönlich. Das Wort „persönlich" gehört nur zu bewirken, nicht auch zu einreichen. Das „persönlich bewirken" bildet den Gegensatz zu „einreichen"; ein „persönliches" Bewirken kann, wie § 12 Abs. 2 Satz 1 ergibt, auch durch einen Bevollmächtigten und daher auch durch einen gesetzlichen Vertreter geschehen.

2. Bei dem Gericht. Hierunter ist verstanden, daß ein Bewirken sowohl zu Protokoll des Richters des Registergerichts („dem"), wie auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Registergerichts zulässig sein soll. FGG. § 128 bestimmt: „Die Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister sowie die zur Aufbewahrung bei dem Gerichte bestimmten Zeichnungen von Unterschriften können zum Protokolle des Gerichtsschreibers des Registergerichts erfolgen". In Preußen sind nach Vf. d. JM. 7 XI 99 § 1 die Anmeldungen und Zeichnungen in der Regel von dem Gerichtsschreiber des Registergerichts zu Protokoll zu nehmen; der Richter hat sich der Aufnahme zu unterziehen, wenn bei dem Gerichtsschreiber die zur Beurteilung der Verhältnisse erforderliche Rechtskenntnis nicht zu erwarten ist. — Der weitergehende § 11 FGG., wonach Anträge und Erklärungen auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers eines anderen als des zuständigen Amtsgerichts erfolgen können, kommt für Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister und für Zeichnungen nicht zur Anwendung (Begründung zu §§ 124, 125 Entwurf des FGG). Ein Bewirken zu Protokoll des Richters eines anderen als des zuständigen Gerichts erfüllt die Form der „öffentlichen Beglaubigung" (unten zu b); daher muß dann die Einreichung hinzukommen.

b. **Einreichung in öffentlich beglaubigter Form.**

1. Einreichung. Wer einzureichen hat, ist nicht gesagt. Sowohl der Anmeldungs- oder Zeichnungspflichtige wie auch ein Bevollmächtigter oder auftragsloser Geschäftsführer kann einreichen; die Einreichung durch einen auftragslosen Geschäftsführer wird aber — soweit nicht die Vorschriften über mehr als erklärende Wirkung von Eintragungen (§ 5 Anm. Ia) eingreifen — erst durch hinzukommende Zustimmung des Vertretenen für diesen bindend. Einreichung und Bevollmächtigung oder Zustimmung zur Einreichung können formlos geschehen; an eine bestimmte Form gebunden ist nur die Vollmacht zur Abgabe der Erklärung (vgl. z. B. unten Anm. IIb), die einzureichen ist. Ob der Registerrichter die Befugnis des Einreichenden zur Einreichung prüfen muß, vgl. unten Anm. VIb.

2. Öffentlich beglaubigte Form.

α. Grundlegend für die Form der öffentlichen Beglaubigung ist BGB. § 129:

> „Ist durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muß die Erklärung schriftlich abgefaßt und die Unterschrift des Erklärenden von der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar beglaubigt werden. Wird die Erklärung von dem Aussteller mittelst Handzeichens unterzeichnet, so ist die im § 126 Abs. 1 vorgeschriebene Beglaubigung des Handzeichens erforderlich und genügend.
>
> Die öffentliche Beglaubigung wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt."

Indessen ist BGB. § 129, weil nur die Beglaubigung einer Erklärung betreffend, unmittelbar anwendbar nur auf die Beglaubigung der Anmeldung und der Vollmachtserteilung. Auf die Beglaubigung der Zeichnung kann BGB. § 129 nur

entsprechend angewendet werden in der Weise, daß nicht eine Unterschrift, sondern die Zeichnung selbst zu beglaubigen ist. Daher genügt nicht, daß nur die Unterschrift unter einem Schriftstück beglaubigt wird, in dem die Zeichnung als eigene anerkannt ist (RG. 54 172 gegen KG. 8 XII 02 EntschFG. 3 192).

β. Zuständig für die Vornahme einer öffentlichen Beglaubigung ist ein Notar oder der Richter eines Amtsgerichts (FGG. § 167). Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß außer den Amtsgerichten und Notaren auch andere Behörden oder Beamte zuständig sind (FGG. § 191 Abs. 1, insbesondere auch Beamte des Amtsgerichts, die nicht Richter sind (Begr. zu Entwurf FGG. § 163); auch kann die Zuständigkeit der Amtsgerichte für die öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens ausgeschlossen werden (FGG. § 191 Abs. 2). Wenngleich hiernach in der Regel jedes Amtsgericht zuständig zur Beglaubigung und auch zu der nach BGB. § 129 Abs. 2 zugelassenen Beurkundung ist, so ist doch die Beurkundung einer Anmeldung zum Handelsregister keine den Gerichten durch Reichsgesetz übertragene Angelegenheit, und daher kann auf Bewirkung einer solchen Beurkundung nicht ein Rechtshilfeverlangen gerichtet werden (RG. 58 97). — Die Beglaubigungsbefugnis der deutschen Konsuln ist geregelt durch KonsGG. 7 IV 00 § 7 Nr. 2). — Anwendbar bleibt (EGHGB. Art. 2 Abs. 2, EGBGB. Art. 32, FGG. § 185) RG. 1 V 78 (RGBl. 89):

§ 1. „Urkunden, die von einer inländischen öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Inlandes aufgenommen oder ausgestellt sind, bedürfen zum Gebrauch im Inlande einer Beglaubigung (Legalisation) nicht."

§ 2. „Zur Annahme der Echtheit einer Urkunde, welche als von einer ausländischen öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes ausgestellt oder aufgenommen sich darstellt, genügt die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs."

γ. Verfahren bei Beglaubigung. Über das Verfahren bei Beglaubigung durch Notare oder Amtsgerichte bestimmt FGG. §§ 167, 183. Die Beglaubigung einer Anmeldung oder Anmeldungsvollmacht darf hiernach nur geschehen, wenn die Unterschrift in Gegenwart des Richters oder Notars vollzogen oder anerkannt wird (FGG. § 183). Für die Beglaubigung der Zeichnung dagegen, da sie keine Unterschrift ist (oben zu α), genügt nicht jede der in FGG. § 183 zugelassenen Formen; vielmehr muß aus dem Inhalt des Beglaubigungsvermerks das persönliche Vollziehen, nicht nur die Anerkennung der Zeichnung durch den Zeichnenden hervorgehen (RG. 54 172).

II. **Anmeldung** zur Eintragung.

a. **Anmelder.** Wer anzumelden hat, ist in § 12 nicht entschieden, sondern für die einzelnen Fälle besonders geregelt. Die von mehreren Anmeldungspflichtigen zu bewirkende Anmeldung kann in mehreren getrennten Urkunden erfolgen (RG. 24 II 99 JW. 232[25]).

b. **Vertretung** bei Anmeldung ist zulässig. Sowohl Vertretung durch einen Bevollmächtigten wie auch durch einen gesetzlichen Vertreter.

1. Vollmacht. Der § 12 Abs. 2 Satz 1 setzt die Zulässigkeit der Anmeldung durch einen Bevollmächtigten voraus, wie auch für Anmeldungen zum Vereinsregister Bevollmächtigung zulässig ist (KG. 5 X 03 EntschFG. 4 33 KGJ. 26 A 237). Keine Bevollmächtigung indessen ist zulässig bezüglich der bei Anmeldung abzugebenden sonstigen Erklärungen, z. B. in den Fällen der §§ 195 Abs. 3, 284 Abs. 3 (KG. 28 XI 04 KGJ. 28 A 235; dagegen LG. I Berlin 12 VI 96 Holdheims MSchr. 274). Die Vollmacht zur Anmeldung bedarf nach § 12 Abs. 2 Satz 1 derselben Form (oben Anm. I) wie die Anmeldung; hierin liegt eine Ausnahme von BGB. § 167 Abs. 2. Anmeldungsvollmacht kann sowohl seitens einer natürlichen Person wie auch seitens der zur Anmeldung verpflichteten Vertreter einer juristischen Person erteilt werden (KG. 28 XI 04 KGJ. 28 A 235). — Daß die Anmeldungsvollmacht als Sondervollmacht erteilt werde, ist nicht vorgeschrieben (dagegen Lehmann Nr. 4); auch nicht für

die Fälle, in denen sämtliche, auch die nichtgeschäftsführenden Gesellschafter anzumelden haben (dagegen AG. I Berlin 4 VI 03 KGBl. 87); vielmehr ist auch eine Allgemeinvollmacht oder sonstige umfassende Vollmacht für genügend zu erachten. Abweichendes gilt nur in bestimmten Fällen von Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters durch die übrigen (§ 125 Anm. III b, § 232 Anm. I). — Ist die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung von einem Notar beurkundet oder beglaubigt, so gilt dieser als ermächtigt, im Namen des zur Anmeldung Verpflichteten die Eintragung zu beantragen (FGG. § 129 Satz 1).

2. Gesetzliche Vertretungsmacht. Ist ein gesetzlicher Vertreter vorhanden, so hat — soweit das Gesetz für die betreffende Art von Anmeldungen keine besonderen Vorschriften enthält — der Vertreter anzumelden; nicht der Vertretene. Die Formvorschrift des § 12 Abs. 1 ist nicht anwendbar auch auf die Ausweisurkunden der gesetzlichen Vertreter (dagegen KG. 5 X 03 EntschFG. 4 35 KGJ. 26 A 237); die Annahme des Kammergerichts, daß § 12 Abs. 2 Satz 1 nur eine einzelne aus § 12 Abs. 1 abzuleitende Folgerung enthält, ist, wie die Vergleichung mit BGB. § 167 Abs. 2 ergibt, irrig. Vielmehr sind nur die allgemeinen Regeln über Prüfung der Berechtigung des Anmeldenden (unten Anm. VI a 3 δ) anwendbar; hiernach bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Form der Ausweisurkunden (vgl. KG. 13 VIII 01 OLGRspr. 3 260); vielmehr hat der Richter im Einzelfall zu ermessen, ob ein besonderer Ausweis und welche Form desselben ihm erforderlich erscheint.

c. **Zeit** der Anmeldung. Die Anmeldung hat zu geschehen, sobald die anzumeldende Tatsache vorliegt. Nachholung ist aber zulässig: und zwar sogar, nachdem die anzumeldende Tatsache wieder aufgehört hat, zu bestehen (§ 31 Anm. I a). In denjenigen Fällen, in denen die Anmeldung nicht erzwingbar ist, steht es — soweit öffentliches Recht in Betracht kommt — im Belieben der Anmeldepflichtigen, ob und wann sie anmelden wollen. Ob die offene Handelsgesellschaft bereits bei Gesellschaftsbeginn oder erst bei Betriebsbeginn anzumelden ist, vgl. § 106 Anm. IV.

d. **Widerruf** ist wirksam, wenn er zur Kenntnis des Richters kommt, bevor dieser auf Grund der Anmeldung verfügt hat. Sind mehrere anmeldungspflichtig, und widerruft einer von ihnen, so liegt eine ausreichende Anmeldung nicht mehr vor (LG. Hamburg 6 VII 04 HoldheimsMSchr. 303)

III. **Zeichnung der Unterschrift.**

a. **Wer** im Einzelfall zu zeichnen hat, ist nicht aus § 12 zu entnehmen. Nicht immer sind zeichnungspflichtig dieselben Personen, welche anmeldungspflichtig sind. Die Zeichnungen mehrerer Zeichnungspflichtiger können in getrennten Urkunden erfolgen (oben Anm. II a)

b. **Vertretung** bei Zeichnung.

1. Vollmacht. Die Zeichnung enthält keine Willenserklärung (oben Anm. I b 2 α, γ), sondern nur die Beschaffung eines Wortbildes als Grundlage für eine spätere Handschriftenvergleichung. Aus diesem Grund ist die Zeichnung durch einen Bevollmächtigten. z. B. einen Prokuristen, unwirksam.

2. Gesetzliche Vertretungsmacht. Steht der Zeichnungspflichtige unter gesetzlicher Vertretung, so hat nicht der Vertretene, sondern der Vertreter zu zeichnen (dahingestellt KG. 6 VI 00 KGJ. 20 A 163); Anwendungsfälle in §§ 35, 234 Abs. 3, 296 Abs. 4. Der Gesetzgebungsgrund, der zum Erfordern aufzubewahrender Firmenzeichnungen führte, findet auf die Firmenzeichnung des Vertreters Anwendung, wenn — wie in den Fällen gesetzlicher Vertretung — dessen Unterschrift die für den betreffenden Gewerbebetrieb künftig maßgebende sein wird. — Hört die gesetzliche Vertretung durch denjenigen, der gezeichnet hat, demnächst auf, so ist eine neue Unterschriftszeichnung durch den neuen Vertreter bzw. den von Vertretung Freigewordenen zu bewirken. — Zu beachten aber ist, daß nicht in allen Fällen eine etwa bestehende gesetzliche Vertretung auch dasjenige Tätigkeitsgebiet ergreift, in dem der Vertretene zu zeichnen hat. So ist z. B. der gesetzliche Vertreter eines geisteskrank gewordenen Vorstandsmitglieds einer AG. nicht stellvertretendes Vorstandsmitglied der AG. Die Zeichnungspflicht des Vertreters reicht nicht weiter als seine Vertretungsmacht.

c. **Unmöglichkeit** der Zeichnung hindert nicht die Anmeldung und Eintragung; doch ist nach gehobenem Hindernis die Zeichnung nachzuholen. So bei Schreibensunkundigen (ebenso Zentralorgan 63 116, OGH. Wien 3 IX 78 AdlCl. Nr. 772, Staub Anm. 3, Goldmann Anm. 2; dagegen OGH. Wien 21 IX 64 ZHR. 8 541, Düringer-Hachenburg § 14 Anm. IV) und bei den durch körperliche Gebrechen, z. B. Lähmung, am Schreiben Verhinderten (ebenso Zentralorgan 63 116, Staub Anm. 3, Düringer-Hachenburg § 14 Anm. IV). Blinde, wenn nicht schreibensunkundig, sind nicht am Zeichnen verhindert und daher zeichnungspflichtig (ebenso Goldmann Anm. 2; dagegen Staub Anm. 3). Ebenso sind an Zeichnung nicht verhindert und daher zeichnungspflichtig Personen, die nur die Firma schreiben können, im übrigen aber des Schreibens unkundig sind (Zentralorgan 62 139).

IV. **Einreichungen.** Die Einreichung kann formlos geschehen. So auch wenn Gegenstand der Einreichung eine Anmeldung, eine Unterschriftszeichnung oder eine Anmeldungsvollmacht ist (oben Anm. I b 1). Einzureichende Schriftstücke, deren Inhalt nicht einzutragen ist, bedürfen keiner besonderen Form (D. 25), soweit nicht das HGB. im Einzelfall das Gegenteil vorschreibt. So sowohl dann, wenn die Einreichung in Zusammenhang mit einer Anmeldung (z. B. § 195 Abs. 2 Nr. 2, 3, 5), wie auch wenn sie ohne Zusammenhang mit einer Anmeldung (z. B. § 265 Abs. 2) stattzufinden hat.

V. **Eintragung.** Eigenschaft des Eintrags als öffentliche Urkunde vgl. unten Anm. VII. Beweiskraft des Eintrags vgl. § 15 Anm. III a 1.

a. **In der Regel nur auf Grund einer Anmeldung** kann eine Eintragung erfolgen. Eintragungen von Amts wegen sind jedoch vorgesehen in HGB. § 31 Abs. 2 (erloschene Firma), § 32 (Konkurseröffnung, -aufhebung, -einstellung), §§ 148 Abs. 2, 296 Abs. 3 (gerichtliche Ernennung und Abberufung von Liquidatoren), FGG. § 131 (Vermerk im Hauptregister über Eintragung und Erlöschen der Zweigniederlassung; vgl. jedoch § 13 Anm. II c 2), §§ 142 ff. (unzulässige Eintragung, nichtige Gesellschaften und Versammlungsbeschlüsse). — Weder das HGB. noch das FGG. enthält eine ausdrückliche allgemeine (vgl. jedoch § 33 Abs. 3, § 198 Anm. II) Bestimmung, daß nach erfolgter Anmeldung das Angemeldete einzutragen sei. Daß dies der Sinn des Gesetzes, geht jedoch mit genügender Klarheit aus dem Ausdruck „Anmeldung zur Eintragung" (§§ 12, 29, 31, 106, 195 u. a.) hervor. Für einzelne Fälle sind abweichende Bestimmungen getroffen (§§ 13, 33 Abs. 3, 198, 201 Abs. 3, 323 Abs. 4).

b. **Gerichtskostenvorschuß?** Die Eintragung darf nicht durch Landesrecht noch von anderen als den nach HGB. zu erfüllenden Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Für nicht anwendbar auf den Fall der Registereintragung ist daher die Vorschrift des Preuß. Gerichtskostenges. § 6 Abs. 1 Satz 2 zu erachten, wonach das Gericht die Vornahme einer beantragten Handlung abhängig machen kann von Zahlung eines Vorschusses (Auerbach gegen Bf. d. LGPräsidenten Berlin 31 V 04 KGBl. 78); da die Vorschußleistung nicht erzwingbar ist, wäre auf diesem Weg die Voraussetzung beseitigt, von der das HGB. ausgeht, daß nämlich der Anmeldungszwang im allgemeinen genüge, um die Herbeiführung der Eintragung zu sichern.

c. **Nicht eintragungsfähige Tatsache.** Der Kreis der eintragungsfähigen Tatsachen ist beschränkt; freiwillige Eintragung noch anderer Tatsachen ist unzulässig (M. 10, P. 88, HAG. Nürnberg 28 V 69 ZHR. 21 525, KG. 6 VI 00 KGJ. 20 A 270). So z. B. die Eintragung einer Handlungsvollmacht, die nicht Prokura ist (§ 54 Anm. I b). Ob Eintragung des Geschäftszweiges und der Lage des Geschäftsraums zulässig, vgl. § 29 Anm. IV b 3. Zulässig erscheint die Eintragung der angemeldeten Änderung einer eingetragenen Tatsache, auch wenn die Anmeldung der betreffenden Änderung nicht vorgeschrieben ist (dagegen KG. 9 II 05 OLGRspr. 10 334), wie z. B. (§ 234 Anm. I d 1) bei Änderung des Standes oder des Wohnorts eines eingetragenen Vorstandsmitglieds der AG. Die Eintragung von Vormerkungen für eine künftige Eintragung (Löschung) erscheint zulässig (vgl. GenG. § 71; dagegen Staub Exk. zu § 8 Anm. 6, Lehmann § 8 Nr. 5, Goldmann § 8 Anm. 1); allerdings nicht auf Grund einseitigen Antrags, aber auf Grund einstweiliger Verfügung des Prozeßgerichts (§ 16 Anm. V a). Dies sind nicht „freiwillige Eintragungen" im obigen Sinn, es wird nicht der Kreis der ein-

tragungsfähigen Tatsachen erweitert, sondern innerhalb dieses Kreises wird der Dritte gewarnt, es sei streitig, ob eine bestimmte Eintragung zu Recht erfolgt oder eine andere erforderliche Eintragung zu Unrecht unterlassen ist. — Über die Wirkung von Eintragungen, die erfolgt sind, trotzdem das Gesetz sie nicht vorschreibt, vgl. § 15 Anm. III d 3 β.

d. **Nur für die Zukunft in Aussicht Genommenes ist nicht eintragungsfähig,** sondern nur was spätestens gleichzeitig mit Eintragung eintritt (RG. 22 59). Sonst könnte vorkommen, daß infolge von Todesfällen oder aus anderen Gründen das in Aussicht Genommene nicht zur Ausführung gelangt, und dann würde der Registerinhalt irreführend werden. — Hierdurch ist aber nicht die Eintragung einer schon jetzt abgegebenen, aber bedingten oder betagten Erklärung ausgeschlossen; vgl. z. B. GenG. § 70, HGB. § 277 Anm. I e, IV, § 278 Anm. I a. — Über Vormerkungen oben zu c.

VI. **Prüfungsrecht und -pflicht des Registerrichters.** Über den Umfang des Prüfungsrechts bei Anmeldung einer juristischen Person nach § 33 vgl. § 33 Anm. I e, einer oHG. vgl. § 106 Anm. V, bei Anmeldung des Erlöschens der Firma einer oHG. vgl. § 157 Anm. II c, bei Anmeldung der Errichtung oder Satzungsänderung einer AG. vgl. §§ 195 Anm. I g, 273 Anm. V.

a. **Bei Anmeldungen zur Eintragung.**

1. Form der Anmeldung. Der Richter hat zu prüfen, ob die vorgeschriebene Form der Anmeldung (oben Anm. I) beobachtet ist. Ebenso, ob die mit der Anmeldung einzureichenden Schriftstücke beiliegen.

2. Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen. Dies ist eine der sachlichen Voraussetzungen der Eintragung. Indessen braucht in der Regel der Richter nicht zu prüfen, ob die angemeldeten Tatsachen richtig sind, und er soll dies in der Regel nicht prüfen (vgl. RG. 1 243, RGSt. 18 180, KGJ 8 15; dagegen Staub Erl. zu § 8 Anm. 10). Durch die Anmeldung übernimmt der Anmeldende, nicht durch die Eintragung der Richter, die Verantwortlichkeit dafür, daß die angemeldeten Tatsachen richtig sind. So hat beispielsweise, wenn die Eintragung einer neuen Firma oder der Verlegung des Sitzes des Geschäfts nachgesucht wird, in Ermangelung besonderer Umstände der Richter nicht nachzuforschen, ob der Anmeldende in der Tat das Geschäft eröffnet oder verlegt hat (D. 25). Dasselbe wird auch zu gelten haben bei Prüfung der Frage, ob ein Anmeldender Kaufmann und Vollkaufmann nach § 1 oder eintragungspflichtig bzw. -fähig nach § 2 oder 3 (§ 2 Anm. II) ist. Auch in diesen Beziehungen genügt daher in der Regel die Erklärung des Anmeldenden, daß er ein Gewerbe der betreffenden Art und des erforderlichen Umfangs betreibe (KGJ. 4 29; dagegen Lehmann Nr. 14 und bezüglich §§ 2, 3, Düringer-Hachenburg § 14 Anm. III 3 b). — Andererseits ist aber der Richter, auch soweit er nur Angemeldetes einträgt, keine willenlose Maschine, man kann ihm nicht zumuten, daß er die staatliche Unterstützung leihe, wo sich ergibt, daß die angemeldeten Tatsachen nicht wahr sind. Daher hat der Richter die Eintragung abzulehnen, wenn er die Überzeugung von der Unwahrheit der angemeldeten Tatsache erlangt hat (KG. 9 VII 04 KGBl. 84). Um so mehr, wenn Verdacht dafür vorliegt, daß mit Anmeldung der falschen Tatsache eine Täuschung anderer beabsichtigt ist (vgl. OLG. Karlsruhe 9 I 94 ZHR. 46 496). Überhaupt ist er zur Ablehnung der Eintragung in allen Fällen berechtigt, in denen er sofort wieder durch Ordnungsstrafen oder von Amts wegen die Löschung herbeiführen könnte. — Bestehen Zweifel über die Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen, so hat gemäß FGG. § 12 (KG. 5 X 03 EntschFG. 4 30 KGJ. 27 A 59) das Registergericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. Hierbei haben die Organe des Handelsstandes die Registergerichte zu unterstützen (FGG. § 126). Nach Vf. d. Pr.JM. 7 XI 99 § 3 hat der Richter in zweifelhaften Fällen das Gutachten der Organe des Handelsstandes einzuholen, wenn die erforderliche Auskunft nicht auf andere Weise einfacher und schneller beschafft werden kann. — Eine weitergehende Prüfungspflicht bezüglich der anzumeldenden Tatsache ist dem Registergericht in den Fällen der §§ 143 Abs. 3, 148 Abs. 1 auferlegt. Eine solche weitergehende Prüfungspflicht ist ebenso anzunehmen auch in anderen Fällen einseitiger Anmeldung

durch eine Person, deren Berechtigung zum Eingriff in das eingetragene Recht eines anderen erst aus der Richtigkeit der angemeldeten Tatsache folgt (unten zu 3 δ). — Ist vorgeschrieben, daß mit der Anmeldung andere Schriftstücke einzureichen sind, so hat der Richter zu prüfen, ob aus dem Inhalt dieser anderen Schriftstücke sich Zweifel an der Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen ergeben (unten zu b). — Die vorstehenden Regeln gelten ohne Rücksicht darauf, ob im Einzelfall die Eintragung nur erklärende oder eine darüber hinausgehende Wirkung hat.

3. Berechtigung des Anmeldenden zur Anmeldung.

α. Das Einssein des Anmeldenden mit demjenigen, als den er sich ausgibt, wird bei Einreichung einer öffentlich beglaubigten Urkunde genügend durch den Beglaubigungsvermerk und bei persönlicher Bewirkung vor dem Gerichtsschreiber genügend durch den Vermerk des letzteren dargetan; trotzdem ist, wenn Anlaß zu Zweifeln vorhanden, Nachprüfung zulässig (FGG. § 12; CPO. §§ 415, 418 ist auf Angelegenheiten der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit nicht anwendbar). Erfolgt die Anmeldung vor dem Richter des Registergerichts, so hat dieser das Einssein zu prüfen, ist aber nicht an eine bestimmte Form des Nachweises gebunden. — Dieselben Regeln gelten bei Prüfung des Einsseins des als gewillkürter oder gesetzlicher Vertreter Anmeldenden mit demjenigen, dem die Vertretungsmacht zusteht. — Über Prüfung des Einsseins eines in der Anmeldung als Unterzeichner einer Anlage Bezeichneten mit dem wirklichen Unterzeichner vgl. unten Anm. VI b.

β. Rechtsnachfolge. Hängt die Berechtigung zur Anmeldung davon ab, daß der Anmeldende in einem Rechtsnachfolgeverhältnis zu einem anderen steht, so hat der Registerrichter die Tatsache der Rechtsnachfolge zu prüfen. „Soweit tunlich," d. h. soweit ohne unverhältnismäßige Schwierigkeiten oder Kosten oder Zeitverluste tunlich, ist die Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden nachzuweisen (§ 12 Abs. 2 Satz 2); anderenfalls in anderer Weise. Dies gilt sowohl bei Einzel- wie bei Allgemeinnachfolge, sowohl bei Nachfolge unter Lebenden, wie bei Nachfolge von Todes wegen. Ist auf Grund eines nicht öffentlich errichteten Testaments erworben, so wird, da dieses keine öffentliche Urkunde und die Beschaffung eines Erbscheins tunlich ist, ein solcher in der Regel zu beschaffen sein. Nicht tunlich ist die Beschaffung einer öffentlichen Urkunde z. B. wenn durch privatschriftlichen Kaufvertrag erworben und der Verkäufer demnächst gestorben ist; der Registerrichter kann — außer wenn die Gültigkeit des Vertrages streitig ist (FGG. § 127) — in solchem Fall nicht verlangen, daß der Käufer zunächst eine öffentliche Urkunde der Erben beibringt. — Eine Rechtsnachfolge bezüglich der Firma liegt in deren Fortführung auf Grund der Einwilligung des früheren Firmeninhabers (§ 23 Anm. II b); wollte man der gegenteiligen herrschenden Meinung folgen, so würden für den Nachweis des Rechts auf die Firma die Regeln zu δ Anwendung finden.

γ. Vollmacht. Die Tatsache der Bevollmächtigung ist nachzuprüfen. Namentlich also, ob der Inhalt der Vollmacht eine genügende Bevollmächtigung ergibt (oben Anm. II b 1). Ferner ist zu prüfen, ob die vorgeschriebene Form der Vollmacht gewahrt (oben Anm. I), und ob der Vollmachtserteiler die Person ist, für die er sich ausgibt (oben zu α).

δ. Andere Fälle. Für andere Fälle als Vollmacht und Rechtsnachfolge ist absichtlich nicht bestimmt, daß der zu einer Eintragung etwa erforderliche Nachweis nur durch öffentliche Urkunden erbracht werden könne (D. 25). Jede Art des Nachweises ist daher zulässig. So z. B. bei Prüfung der etwa zweifelhaften Rechtsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit des Anmelders. Ob auch bei Prüfung der etwa erforderlichen Zustimmung eines anderen zur Firmenfortführung, vgl. § 22 Anm. II a 2. Ob das gleiche bei Prüfung des Bestehens einer gesetzlichen Vertretungsmacht gilt, vgl. oben Anm. II b 2. Es gilt ferner z. B. auch für die Prüfung, ob alle Personen, die zur Anmeldung verpflichtet sind, hierbei mitgewirkt haben. Namentlich daher auch bei Prüfung der Frage, ob in den Fällen der §§ 143 Abs. 3, 148 Abs. 1 Satz 3 besondere Hinder-

nisse für die Mitwirkung an sich anmeldungspflichtiger Erben vorliegen. — Kann die Berechtigung des Anmeldenden zur Anmeldung nur durch Prüfung der angemeldeten Tatsache entschieden werden, und wirkt der bisher nach Inhalt des Registers Berechtigte, in dessen Recht die angemeldete Tatsache eingreifen würde, nicht bei der Anmeldung mit, so ist jene einseitig angemeldete Tatsache besonders darzutun (KGJ. 14 31); nicht greift in solchem Fall die Regel (oben zu 2) ein daß die Richtigkeit angemeldeter Tatsachen nur bei Vorliegen besonderer Zweifelsgründe zu erforschen ist. So z. B. bei Anmeldung von Änderungen in der Person von Vorstandsmitgliedern oder Liquidatoren durch die neuen Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren bei der AG. (§§ 234 Abs. 2, 296 Abs. 2) oder anderen juristischen Personen (OLG. Dresden 9 VI 03 OLGRspr. 8 254, 382).

4. Schlüssigkeit der Anmeldung für die Eintragung. Der Richter hat zu prüfen, ob die angemeldeten Tatsachen — ihre Richtigkeit und die Wahrung der vorgeschriebenen Form der Anmeldung vorausgesetzt — genügen, um nach dem Gesetz zu einer Eintragung zu führen. Zu prüfen ist in dieser Hinsicht z. B. die Eintragungsfähigkeit (oben Anm. V c, d) und die gesetzliche Zulässigkeit des Angemeldeten. Unstatthaft ist z. B. die Eintragung von gesetzlich unzulässigen Beschränkungen der Vertretungsbefugnis (ROH. 6 140, KGJ. 12 37). Ferner kommen namentlich die beschränkenden Vorschriften des Firmenrechts und des Gesellschaftsrechts in Betracht. Wird „Erlöschen" der Firma angemeldet, gleichzeitig aber die erfolgte gültige Übertragung der Firma an einen anderen mitgeteilt, so darf nicht „Erlöschen" eingetragen werden (KG. 9 VII 04 OLGRspr. 9 246).

b. **Bei Einreichungen.** Zu prüfen ist, ob die für die betreffende Einreichung etwa vorgeschriebene Form (oben Anm. IV) gewahrt ist. Eine Prüfung der Berechtigung des Einreichenden zur Einreichung wird, wenn keine besonderen Zweifel vorliegen, entbehrlich sein, zumal (oben Anm. I b 1) Vollmachtserteilung und Zustimmungserteilung zur Einreichung formlos geschehen kann. Zu prüfen ist ferner, ob das eingereichte Schriftstück zu der Art von Schriftstücken gehört, die eingereicht werden soll, z. B. ob die Urkunde äußerlich fehlerfrei (RGSt. 18 180), und ob, wenn eine Bilanz einzureichen, das eingereichte Schriftstück eine Bilanz ist (§ 265 Anm. III). Dagegen ist, wenn es sich nur um Einreichungen ohne Zusammenhang mit einer Anmeldung handelt, nicht zu prüfen, ob die in dem eingereichten Schriftstück enthaltenen Angaben wahr sind (vgl. z. B. § 265 Anm. III). Erfolgt eine Einreichung im Zusammenhang mit einer Anmeldung, so ist zu unterscheiden, ob nach dem Willen des Gesetzgebers die einzureichende Urkunde inhaltlich Teil der Anmeldung sein oder ob die Einreichung nur die Bedeutung einer selbständig neben der Anmeldung zu erfüllenden Formvorschrift haben soll. Im ersteren Fall darf der Inhalt der eingereichten Urkunde in gleicher Weise wie die Anmeldung (oben zu a 2) auf seine Richtigkeit geprüft werden; so z. B. die Erklärung über erfolgte Barzahlung (§ 195 Abs. 3) oder die Berechnung des Gründungsaufwandes (§ 195 Abs. 2 Nr. 2). In letzterem Fall, z. B. bezüglich des Revisorenberichts (§ 195 Abs. 2 Nr. 5), der Zeichnungsscheine (§ 189), der Beitritte zu einer Genossenschaft, hat sich die Prüfung des Inhalts auf die Übereinstimmung dieses Inhalts mit dem Inhalt der Anmeldung zu beschränken; daher ist in solchen Fällen auch die Echtheit der Unterschriften und die Vertretungsbefugnis von als Vertreter unterzeichnenden Personen ohne weiteren Nachweis als vorhanden anzusehen, wenn nicht aus besonderem Grund Zweifel bestehen (vgl. Bek. d. RK. betr. Führung d. Gen.Registers § 29 Abs. 4, KG. 19 IX 04 OLGRspr. 10 244).

VII. **Eigenschaft des Registereintrags als öffentliche Urkunde.** Nicht die Tatsache der Anmeldung, sondern die angemeldete Tatsache ist einzutragen. Diese Eintragung ist daher als öffentliche Beurkundung der Tatsache, nicht nur der Anmeldung anzusehen (dagegen RG. 1 243). Daraus folgt allerdings nicht, daß im Rechtsstreit der Registereintrag eine Vermutung für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache auch in denjenigen Fällen begründe, bezüglich deren dem Registergericht keine Prüfungspflicht obliegt (§ 15 Anm. III a 1). Aber, da die Tatsache, nicht das Erfolgtsein der Anmeldung, einzutragen ist, so erscheint die vorsätzliche Herbeiführung einer

falschen Eintragung mittels Anmeldung falscher Tatsachen, auch wenn diese nicht prüfungspflichtig sind, strafbar als mittelbare Urkundenfälschung nach StGB. § 271 (Staub Exk. zu § 8 Anm. 17; dagegen RGSt. 18 180, Goldmann § 8 Anm. 3).

§ 13.

Zweigniederlassung.

Soweit nicht in diesem Gesetzbuch ein Anderes vorgeschrieben ist, sind die Eintragungen in das Handelsregister und die hierzu erforderlichen Anmeldungen und Zeichnungen von Unterschriften sowie die sonst vorgeschriebenen Einreichungen zum Handelsregister bei jedem Registergericht, in dessen Bezirke der Inhaber der Firma eine Zweigniederlassung besitzt, in gleicher Weise wie bei dem Gerichte der Hauptniederlassung zu bewirken.

Eine Eintragung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung findet nicht statt, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung geschehen ist.

Diese Vorschriften kommen auch zur Anwendung, wenn sich die Hauptniederlassung im Auslande befindet. Soweit nicht das ausländische Recht eine Abweichung erforderlich macht, haben die Anmeldungen, Zeichnungen und Eintragungen bei dem Gerichte der Zweigniederlassung in gleicher Weise zu geschehen, wie wenn sich die Hauptniederlassung im Inlande befände.

ADH. Art. 21, 86 u. a. **Entw. I** § 12. **Entw. II** § 13.

I. Begriff der Zweigniederlassung.
II. Anmeldung, Zeichnung, sonstige Einreichungen und Eintragung bei dem Gericht der Zweigniederlassung.
III. Firma der Zweigniederlassung.
IV. Veräußerung der Zweigniederlassung.
V. Auf den Betrieb einer Zweigniederlassung beschränkte Vertretungsmacht.

I. **Begriff der Zweigniederlassung.** Vgl. Agricola in Siebenhaars Arch. für deutsches Wechsel- und Handelsrecht 12 279, Brendel in GruchotsBeitr. 33 213.

a. **Zweig**niederlassung deutet auf ein Verhältnis späteren Entstehens, der Abhängigkeit, des geringeren Umfanges gegenüber der Hauptniederlassung. Die letztere befindet sich an demjenigen Ort, von wo aus die kaufmännische Leitung des Ganzen ihren Ausgang nimmt (ROH. **16** 52). Vor allem kommt auch in Betracht, wo der Geschäftsinhaber in der Regel in Person tätig ist. Hiernach muß aus den Umständen im Einzelfall beurteilt werden, welche von zwei zusammengehörenden Niederlassungen die Haupt- und welches die Zweigniederlassung ist. Ebenso ist aber auch Tatfrage, ob die beiden Geschäfte überhaupt im Verhältnis von Haupt- und Zweigniederlassung zueinander stehen, oder ob jedes selbständig ist. Ein solches selbständiges Nebeneinanderstehen mehrerer Geschäfte desselben Gewerbetreibenden an demselben Ort kann ebenso vorkommen wie ein Nebeneinanderstehen an verschiedenen Orten. Eine gleiche Firma wird in der Regel auf Zusammengehörigkeit, verschiedene Firmen auf Selbständigkeit deuten; entscheidend ist die Gleichheit oder Verschiedenheit der Firma nicht (KGJ. **14** 12). So wird z. B. häufig ein mit fremder Firma hinzuerworbenes Geschäft unter Beibehaltung jener Firma in eine Zweigniederlassung des Hauptgeschäfts umgewandelt (KGJ. **20** A 40; vgl. § 17 Anm. III c). Mit den tatsächlichen Verhältnissen können alle jene Rechtsverhältnisse sich ändern, aus der Haupt- die Zweigniederlassung werden und umgekehrt, getrennte Geschäfte in das Verhältnis von zusammengehörigen treten, zusammengehörige sich trennen (vgl. § 22 Anm. I d).

b. **Niederlassung.** Auch eine Zweigniederlassung ist eine „Niederlassung" oder „Handelsniederlassung" (§ 29 Anm. IV). Sie muß ständig, handelsgewerblich und bis zu gewissem Grad selbständig sein.

1. Ständig. Eine Niederlassung ist nur vorhanden, wo ein dauerndes Verhältnis be-

absichtigt ist. Keine Niederlassung ist daher ein Marktstand (AG. I Berlin 8 XI 99 KGBl. 00 32). Eine Niederlassung (wenn auch in der Regel keine Handelsniederlassung und daher nicht unter § 13 fallend; § 1 Anm. IIa 4) liegt in dem Unterhalten eines außerhalb des Wohnsitzes belegenen Sprechzimmers, in dem der Arzt täglich während bestimmter Zeit anzutreffen ist (RG. 39 138).

2. Handelsgewerblich. Daß als Zweigniederlassung nur eine handelsgewerbliche in Betracht kommt, ist nicht unmittelbar aus dem Wort „Niederlassung" zu folgern, denn eine Niederlassung kann ebensowohl auch zu anderen als handelsgewerblichen Zwecken bestimmt sein. Da aber das HGB. auch eine Hauptniederlassung nur insoweit beachtet, wie sie eine handelsgewerbliche ist (§ 29: „Handelsniederlassung"), so muß das Gleiche auch für die Zweigniederlassung gelten. Ein Handelsgewerbe liegt vor, wenn die Voraussetzungen der §§ 1—3 gegeben sind, wobei aber nur bezüglich des Gewerbebetriebes der Haupt- und Zweigniederlassung als Gesamtheit, nicht bezüglich der Zweigniederlassung für sich allein (vgl. RG. 21 4), verlangt werden darf, daß sie den in jenen Bestimmungen erforderten Umfang des Betriebes erreicht, um ihre Eintragungspflicht zu begründen (zust. KG. 11 IV 04 EntschFG. 4 160 KGJ. 27 A 212). — Nicht überall, wo eine Niederlassung besteht, ist auch ein Wohnsitz des Geschäftsherrn (RG. 30 349).

3. Selbständigkeit. Nach feststehender Rechtsprechung wird das Vorliegen einer Zweigniederlassung nur angenommen, wenn das Zweiggeschäft in gewissem Maße selbständig ist, so daß es bei Wegfall der Hauptniederlassung befähigt wäre, als selbständiges Handelsgeschäft fortzubestehen (KG. 18 IV 98 KGJ. 18 18, 11 IV 04 EntschFG. 4 160 KGJ. 27 A 211). Der Vorsteher des Zweiggeschäfts muß in nicht zu beschränktem Maß zu selbständigen Entschlüssen kaufmännischen Inhalts ermächtigt sein, z. B. darüber, ob er das einzelne Geschäft abschließen will oder nicht (ROH. 17 315, RG. 23 428, 42 380, 50 430; vgl. CPO. § 22) oder in welcher Weise bei Streitfällen die Abwicklung vorgenommen werden soll (KG. 3 X 04 KGJ. 28 A 212). Das Zweiggeschäft darf daher nicht nur nach den von der Hauptniederlassung bis ins einzelne genau gegebenen Anweisungen, nach bestimmten Schematen des Vertragsinhalts, Verträge abschließen (ROH. 14 402, RG. 50 430). Auch darf der Leiter des Zweiggeschäfts nicht nur die Stellung eines Vermittlers von Geschäften einnehmen (ROH. 14 402, RG. 38 263, KG. 3 X 04 KGJ. 28 A 211). In der Regel muß ein nach innen gesondertes Geschäftsvermögen vorhanden sein (KG. 3 X 04 KGJ. 28 A 212). Die im Zweiggeschäft abgeschlossenen Geschäfte müssen für den Gesamtbetrieb wesentliche, nicht bloß nebensächliche sein (RG. 50 429, KG. 11 XI 84 KGJ. 5 22, 30 IV 94 KGJ. 14 12), nicht bloß den Abschluß oder die Ausführung der wesentlichen Geschäfte unterstützende oder erleichternde (ROH. 14 402, KG. 3 X 04 KGJ. 28 A 211), nicht bloß Vorbereitungs- oder Ausführungsgeschäfte (KG. 18 IV 98 KGJ. 18 18, 11 IV 04 EntschFG. 4 160 KGJ. 27 A 211).

4. Beispiele.

α. Fabrik oder sonstige Herstellungsstätte. Als solche ist sie keine Zweigniederlassung. Werden jedoch von dort aus selbständig Handelsgeschäfte, die für den Gesamtbetrieb wesentlich sind (oben zu 3), abgeschlossen, so wird sie zur Zweigniederlassung (RG. 41 69, 50 429). So z. B. eine Zuckerfabrik, deren Leiter selbständig Rübenankäufe abschließt (KG. 24 V 97 KGBl. 81). Dieselbe Unterscheidung findet auch Anwendung auf eine Schiffswerft (Hahn Art. 21 § 2). Keine Zweigniederlassung ist eine Gasanstalt, wenn dort zwar Bücher geführt und das Gas zu Einheitspreisen abgegeben wird, der Kohleneinkauf und die Festsetzung der Gaspreise aber von einem anderen Mittelpunkt aus erfolgt (OLG. Dresden 4 XII 00 OLGRspr. 2 91, KG. 10 VI 01 KGJ. 22 A 92). Bei etwas selbständigerer Stellung des Leiters der Zweiggasanstalt wurde aber Vorliegen einer Zweigniederlassung angenommen (OLG. Rostock 9 VIII 00 OLGRspr. 2 92).

β. Warenniederlage mit Verkaufsstätte. Niederlagen, Stätteplätze, Schuppen, Speicher, wo Waren gelagert und aufbewahrt werden, sind als solche keine Zweigniederlassungen. Aber selbst wenn von dort aus unmittelbar Verkäufe stattfinden, liegt

keine Zweigniederlassung vor, wenn es hierbei an dem Merkmal der Selbständigkeit (oben zu 3) mangelt. Ebenso bei einer nicht mit einer Warenniederlage verbundenen Verkaufsstätte. Keine Zweigniederlassung ist daher eine Verkaufsstätte, wenn z. B. von dort aus nicht selbständig Anschaffungen vorgenommen, sondern nur die von der Hauptniederlassung übersandten Waren in Empfang genommen, verwogen und nach vorgeschriebenen Einheitspreisen verkauft werden (KG. 18 IV 98 KGJ. 18 19, 10 XII 00 OLGRspr. 2 198). Keine Zweigniederlassung ist daher z. B. ein Stand in der Markthalle (AG. I Berlin 8 XI 99 KGBl. 00 32).

γ. Agentur einer Versicherungsgesellschaft. Der Agent einer Versicherungsgesellschaft ist in der Regel nicht Handlungsgehilfe, sondern Handlungsagent (§ 84 Anm. II b 2), mithin der von ihm geleitete Betrieb eine Niederlassung des Agenten, nicht der Versicherungsgesellschaft. Ist im Einzelfall der Versicherungsagent Handlungsgehilfe und daher der von ihm geleitete Betrieb eine Niederlassung der Versicherungsgesellschaft, so ist Tatfrage, ob der betreffende Agent so selbständig (oben zu 3) gestellt ist, daß die Niederlassung als Zweigniederlassung anzusehen ist. Dies ist jedenfalls nicht anzunehmen bei Unteragenten. Verschieden ist entschieden worden bezüglich der Hauptagenten je nach der größeren oder geringeren dem betreffenden Agent nach Inhalt der Verträge eingeräumten Selbständigkeit. Für Eigenschaft der Hauptagentur als Zweigniederlassung: ROH. 17 315, KG. 11 XI 84 KGJ. 5 22, 29 VI 85 KGJ. 5 23, AG. Danzig in KGJ. 19 20; dagegen: KG. 3 X 04 KGJ. 28 A 209. Die Subdirektion, deren Gebiet mit den Grenzen eines Einzelstaates zusammenfällt, und die alle dort vorkommenden Versicherungsgeschäfte selbständig bearbeitet, bildet eine Zweigniederlassung (ROH. 14 402, vgl. RG. 2 388).

δ. Betriebsstellen der Eisenbahn. Keine Zweigniederlassung ist die Station einer Eisenbahn, da (oben zu 3) Fahrkartenverkauf und Abschluß von Frachtverträgen nur nach bestimmten Schematen des Vertragsinhalts erfolgen und auch keine genügende Sonderung des Zweigvermögens von dem Gesamtvermögen vorhanden ist (ROH. 14 402, RG. 2 387, KG. 3 X 04 KGJ. 28 A 211, Hahn Art. 21 § 2; dagegen Dietrich in Busch 1 144, vgl. auch RG. 57 145). Auch die Betriebsinspektionen der Preußischen Staatsbahn sind keine Zweigniederlassungen; vielmehr nur die Eisenbahndirektionen (RG. 50 398).

c. **Nicht am Sitz befindliche Hauptniederlassung.** Bei der oHG. (vgl. § 106 Anm. II e), der KG. und den Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit (vgl. § 198 Anm. III c) ist im Sinn der Registervorschriften die vom Sitz getrennte Hauptniederlassung als „Zweigniederlassung" und der Sitz als „Hauptniederlassung" anzusehen (vgl. „Sitz" in § 201 Abs. 5 statt „Hauptniederlassung" in dem entsprechenden § 13 Abs. 3, OTr. 71 98, KGJ. 13 45, KG. 20 III 00 KGJ. 20 A 39, 10 VI 01 KGJ. 22 A 93).

II. **Anmeldung, Zeichnung, sonstige Einreichung und Eintragung bei dem Gericht der Zweigniederlassung.**

a. **Voraussetzung** der Verpflichtung zu Anmeldung, Zeichnung oder Einreichung ist das Bestehen einer Zweigniederlassung im Bezirk des Registergerichts.

1. Zweigniederlassung vgl. Anm. I.
2. Betreibt der Inhaber der Zweigniederlassung im Bezirk der Hauptniederlassung mehrere selbständige Handelsgewerbe, so ist zum Register der Zweigniederlassung nur anzumelden und einzureichen, was bezüglich desjenigen Hauptbetriebs, der in Verbindung mit der Zweigniederlassung steht, zum Register der Hauptniederlassung anzumelden und einzureichen ist.
3. Mehrere Niederlassungen eines einheitlichen Betriebes im Bezirk desselben Registergerichts. Der § 13 besagt nicht, daß „in Ansehung jeder Zweigniederlassung" die Eintragungen, Anmeldungen und Einreichungen gesondert zu bewirken sind, sondern daß „bei jedem Registergericht", in dessen Bezirk eine Zweigniederlassung besteht, die Eintragungen usw. stattzufinden haben. Hieraus ist abzuleiten, daß wenn im Bezirk eines Registergerichts mehrere Zweigniederlassungen bestehen, die Eintragungen

usw. dort nur einmal zu bewirken sind. Dann muß aber Entsprechendes auch gelten, wenn im Bezirk desselben Registergerichts sowohl die Hauptniederlassung wie auch eine Zweigniederlassung sich befinden (ebenso Staub Anm. 4; dagegen Goldmann Anm. 1 I 4). Hierfür spricht sachlich die Ersparung unnützer Schreibereien und ferner auch der Wortlaut des § 13 Abs. 1, der voraussetzt, daß das dort erwähnte „Registergericht" nicht dasselbe Gericht ist wie das „Gericht der Hauptniederlassung". Dagegen allerdings D. 26: „Einer besonderen Vorschrift darüber, daß auch die Errichtung einer Zweigniederlassung, die sich in dem Bezirke des Registergerichts der Hauptniederlassung befindet, bei diesem Gerichte zur Eintragung anzumelden ist, bedarf es nicht. Die Verpflichtung zur Anmeldung ergibt sich aus § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 28 (jetzt 29), wonach auch der Ort der Niederlassung angemeldet und eingetragen werden soll. Das Nähere über die Art einer solchen Eintragung kann den Ausführungsvorschriften überlassen bleiben." Ort in § 29 bedeutet aber nicht etwa Straße und Hausnummer, sondern Handelsplatz, also einen die ganze Gemeinde oder sogar mehrere Gemeinden umfassenden Bezirk; die in D. 26 gegebene Begründung ihrer Auslegung ist daher nicht stichhaltig. — Bestehen mehrere Niederlassungen eines einheitlichen Betriebes im Bezirk desselben Registergerichts, so ist mithin bezüglich aller nur einmal anzumelden, einzureichen und einzutragen. Daß nur eine Eintragung stattfindet, ist auch vorausgesetzt in Vf. d. Pr.JM. 7 XI 99 §§ 27, 29 Nr. 2, und zwar auch für den Fall, daß die mehreren Zweigniederlassungen unter verschiedenen Firmen betrieben werden. Anzumelden, einzureichen und einzutragen ist dort aber alles, was auch nur in Angelegenheiten einer der mehreren Niederlassungen einzutragen ist, daher namentlich auch die Errichtung oder Aufhebung jeder einzelnen Niederlassung, sowie im Zusammenhang mit der Errichtung der Ort der Niederlassung. Bezieht sich eine einzelne Eintragung nur auf den Betrieb einer einzelnen der mehreren Niederlassungen (z. B. im Fall des § 50 Abs. 3), so ist im Eintragungsvermerk diese Beschränkung kenntlich zu machen.

b. **Anmeldung, Zeichnung und sonstige Einreichungen.**

1. Form. Maßgebend hierfür sind die Vorschriften des § 12; vgl. daher § 12 Anm. I, IV. Über den mit der Anmeldung in der Regel zu verbindenden Nachweis der Eintragung im Register der Hauptniederlassung vgl. unten zu c 1.
2. Inhalt.

α. Regel ist, daß zum Register der Zweigniederlassung dieselben Anmeldungen, Zeichnungen und sonstigen Einreichungen bewirkt werden müssen, die zum Register der Hauptniederlassung zu erfolgen haben. Unter „Einreichungen" sind hierbei auch diejenigen mitbegriffen, die nicht bei Anmeldungen zu erfolgen haben oder zu Anmeldungen führen (KG. 9 VII 04 EntschFG. 4 218). Als Angabe in der Anmeldung gilt auch eine in der Anmeldung enthaltene Bezugnahme auf den Inhalt eines beigefügten Auszugs aus dem Register der Hauptniederlassung (KG. 20 VIII 95 ZHR. 47 105; vgl. jedoch OLG. Dresden 20 V 86 ZHR 35 241).

β. Ausnahmen von der Regel, daß zum Register der Zweigniederlassung das Gleiche wie zum Register der Hauptniederlassung anzumelden und einzureichen, ist vorgesehen für Anmeldungen oder Einreichungen in bestimmten Fällen bei juristischen Personen (§ 33 Abs. 2), Aktiengesellschaften (§§ 201, 207 Abs. 4, 234 Abs. 2, 265 Abs. 2, 267 Abs. 2, 286, 296 Abs. 2) und Kommanditaktiengesellschaften (§§ 320 Abs. 3, 333 Abs. 1). Eine fernere, wenngleich nicht ausdrücklich (vgl. jedoch § 15 Abs. 2) im Gesetz vorgesehene Abweichung ergibt sich daraus, daß Tatsachen, die nur auf den den Betrieb anderer Niederlassungen Einfluß haben können, nicht auch zum Register der durch jene Tatsachen unberührten Niederlassung anzumelden sind (ebenso RG. 1 X 02 DJZ. 546, OLG. Dresden 30 IV 86 ZHR. 34 568, Staub Anm. 5, Düringer-Hachenburg Anm. III, Lehmann Nr. 10; dagegen Goldmann Anm. 1). So ist z. B. die erstmalige Erteilung einer gemäß § 50 Abs. 3 beschränkten Prokura nur bei dem Register der Niederlassungen, auf die sie beschränkt ist, anzumelden und nur dort einzutragen (ebenso KG. 11 VII 02 OLGRspr. 6 2). Ebenso die Änderung der Firma nur der Zweigniederlassung. Dagegen muß die nachträgliche Beschränkung einer früher unbeschränkt erteilten Pro-

kura und ebenso — weil stets die Einschränkung einer an sich bestehenden Vertretungsmacht enthaltend — eine nach § 126 Abs. 3 erfolgte Beschränkung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters der oHG. bei allen Registern zur Anmeldung und Eintragung gelangen, da sie für den Verkehr mit allen Niederlassungen erheblich ist (dagegen Lehmann S. 61 Fußnote 1).

3. Erzwingbarkeit. Die Anmeldung und Einreichung bei dem Registergericht der Zweigniederlassung ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen nach § 14. Und zwar entsteht die Verpflichtung zu der betreffenden Anmeldung oder Einreichung in Ansehung der Zweigniederlassung gleichzeitig mit dem Entstehen dieser Verpflichtung in Ansehung der Hauptniederlassung, also schon vor Bewirkung der Eintragung im Register der Hauptniederlassung. Der § 13 Abs. 2 steht nicht entgegen, denn er behandelt nur die Voraussetzung der Eintragung, nicht die Voraussetzung der Verpflichtung zu Anmeldung und Einreichung. — Erzwingbar ist die Anmeldung und Einreichung zum Register der Zweigniederlassung auch in denjenigen Fällen, in denen die entsprechende Anmeldung zum Register des Sitzes nicht erzwingbar ist; in diesen Fällen beginnt aber die Erzwingbarkeit erst mit der Eintragung im Register des Sitzes (§§ 175 Anm. III, 319 Anm. IIIa). So auch in den Fällen der §§ 3 Abs. 2, 36. — Daß der in § 13 Abs. 2 verlangte Nachweis von dem Anmeldungspflichtigen beizubringen, ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben, aber wohl gemeint. Daher ist auch die Einreichung eines diesen Nachweis erbringenden Schriftstücks nach § 14 erzwingbar. Auf diesem Wege kann seitens des Registergerichts der Zweigniederlassung mittelbar auch die etwa noch nicht erfolgte Anmeldung zum Register der Hauptniederlassung erzwungen werden. — Indessen gelangt das Vorgehen des Richters des Zweigregisters, und zwar nicht nur bezüglich Erzwingung des Nachweises des Abs. 2, sondern auch bezüglich der Anmeldung des Abs. 1, zum Stillstand, sobald sich ergibt, daß der Richter des Hauptregisters keine Eintragung bewirken will (unten zu c4).

c. **Eintragung.**

1. Nachweis vorheriger Eintragung im Register der Hauptniederlassung (§ 13 Abs. 2). Der Nachweis kann in beliebiger Weise erbracht werden, z. B. durch Einreichung einer beglaubigten Abschrift des Hauptregisters oder der betreffenden Eintragung in ihm. — Die Vorschrift in § 13 Abs. 2 wurde aufgenommen, um den Unzuträglichkeiten vorzubeugen, die dadurch entstehen würden, daß die Eintragung einer Gesellschaft, deren Entstehung davon abhängt, daß ihre Eintragung bei demjenigen Gericht erfolgt ist, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, dort unterlassen und bei dem Gericht einer Zweigniederlassung erfolgt ist (P. 4661). Die Vorschrift ist indessen maßgebend, ohne Rücksicht darauf, ob die betreffende Eintragung nur erklärend wirkt oder eine weitergehende Wirkung hat. — Bei der oHG., der KG. und den Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit ist der Nachweis der Eintragung im Register des Sitzes zu erbringen (oben Anm. Ic). — Der § 13 Abs. 2 behandelt nur die Eintragung derjenigen Tatsachen, bezüglich deren auch eine Verpflichtung der Partei zur Anmeldung zum Register der Hauptniederlassung besteht. Keine solche Anmeldungsverpflichtung besteht bezüglich der Tatsache des Betreibens einer Zweigniederlassung, denn diese Tatsache ist nicht seitens der Partei, sondern nur später seitens des Gerichts (unten zu 2) zum Register der Hauptniederlassung mitzuteilen (KG. 20 III 00 KGJ. 20 A 40). Meldet z. B. eine Aktiengesellschaft eine Zweigniederlassung beim Gericht der letzteren an, so kann dies Gericht nur den Nachweis fordern, daß die Aktiengesellschaft, nicht aber, daß die Zweigniederlassung im Register der Hauptniederlassung eingetragen sei (KG. a. a. O.). Keine Verpflichtung der Anmeldung zum Hauptregister besteht aber auch bezüglich derjenigen Tatsachen, die lediglich die Zweigniederlassung betreffen (oben Anm. IIb 2β). Steht die Eintragung solcher Tatsachen in Frage, so kann daher gleichfalls nicht der in § 13 Abs. 2 vorgeschriebene Nachweis verlangt werden (RG. 1 X 02 JW. 545[9]; ebenso nach früherem Recht KGJ. 14 244, 15 13; dagegen Goldmann Anm. 2). So z. B. bei Anmeldung einer gemäß § 50 Abs. 3 nur auf die betreffende Zweigniederlassung beschränkten Prokura (KG. 11 VII 02 OLGRspr. 6 2) oder bei Veräußerung nur der Zweigniederlassung.

2. Nachricht von Eintragung oder Aufhebung der Zweigniederlassung. Der § 131 FGG. bestimmt:

„Die Eintragung einer Zweigniederlassung ist von Amts wegen dem Registergerichte der Hauptniederlassung mitzuteilen und in dessen Register zu vermerken. Das Gleiche gilt, wenn die Zweigniederlassung aufgehoben wird."

Die Vorschrift wird auf Änderung der Firma nur der Zweigniederlassung entsprechend anzuwenden sein (Lehmann S. 61 Fußnote 2). — Der Vermerk im Hauptregister ist keine Eintragung im Sinn des HGB. und daher nicht bekannt zu machen (Staub Anm. 5) und nicht den Vorschriften des § 15 über die Wirkung der Nichtkenntnis einzutragender Tatsachen unterworfen (§ 15 Anm. Ib, c).

3. Wirkung des Unterlassens einer Eintragung. Maßgebend ist § 15 Abs. 3, 1. Inwieweit bezüglich der Eintragungen mit begründender Wirkung die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes ohne Rücksicht darauf maßgebend ist, ob die Eintragung im Register der Zweigniederlassung erfolgt ist, vgl. § 15 Anm. IV. Die in §§ 5 und 287 vorgesehenen Wirkungen sind nur an die Bedingung geknüpft, daß im „Handelsregister", nicht daß im Register des betreffenden Registergerichts, die Eintragung erfolgt ist. Trotz gleicher Fassung wird aber im Fall des § 25 Abs. 2 abweichend zu entscheiden sein (§ 25 Anm. IIId 3δ).

4. Selbständigkeit des Registergerichts der Zweigniederlassung gegenüber dem Registergericht der Hauptniederlassung. Der Registerrichter der Zweigniederlassung ist grundsätzlich nicht an die Rechtsauffassung des Registerrichters der Hauptniederlassung gebunden und hat auch in tatsächlicher Beziehung (§ 12 Anm. VI) selbständige Prüfungsbefugnis (KG. 18 XI 01 EntschFG. 3 23 KGJ. 23 A 94 OLGRspr. 4 453; dagegen Lehmann Nr. 10). Er hat daher z. B. selbständig zu prüfen, ob die im Hauptregister eingetragene und demnächst zum Zweigregister angemeldete Firma eine zulässige ist (dagegen OLG. Hamburg 14 VI 89 ZHR. 40 472). Ebenso, ob die im Hauptregister eingetragene Tatsache eintragungsfähig (§ 12 Anm. Vc) ist (KG. 12 XII 04 OLGRspr. 10 233). Indessen sind zwei erhebliche Einschränkungen zu machen. Erstens ist der Richter des Zweigregisters an die Auffassung des Richters des Hauptregisters dann gebunden, wenn die Eintragung im Register der Hauptniederlassung rechtsbegründend wirkt, wie z. B. bezüglich der Fragen, ob eine eintragungsfähige Aktiengesellschaft oder ein gemäß § 2 eintragungspflichtiger Gewerbebetrieb vorliegt (KG. 11 IV 04 EntschFG. 4 161 KGJ. 27 A 212). Zweitens folgt aus § 13 Abs. 2, daß die Selbständigkeit des Richters des Zweigregisters bei Eintragungen, die sowohl im Haupt- wie auch im Zweigregister zu erfolgen haben, endgültig nur bestehen kann, wenn der Richter des Zweigregisters eine Eintragung ablehnen will; will er dagegen eine Eintragung anordnen, so kann er zwar zunächst gleichfalls selbständig vorgehen, muß sich jedoch unterordnen, sobald feststeht, daß der Richter des Hauptregisters die entsprechende Eintragung endgültig ablehnt, denn dann ist der in § 13 Abs. 2 verlangte Nachweis nicht erbringbar (oben zu b 3). — Weicht der Registerrichter der Zweigniederlassung ab von der Eintragung im Register der Hauptniederlassung, so soll er dem Registerrichter der Hauptniederlassung hiervon Mitteilung machen (KG. 18 XI 01 EntschFG. 3 24 KGJ. 23 A 95 OLGRspr. 4 454).

d. **Ausländische Hauptniederlassung** insbesondere (§ 13 Abs. 3). Ist dem ausländischen Recht die durch das deutsche Recht vorgeschriebene Eintragung der Hauptniederlassung unbekannt, so wird dadurch zwar der Eintragungszwang nicht beseitigt, auf die Eintragung findet aber § 13 Abs. 2 keine Anwendung (D. 27). In diesem Fall ist daher auch ohne vorherige Eintragung der Hauptniederlassung, jedoch erst nach Erbringung eines Nachweises für das Bestehen einer solchen Hauptniederlassung (Staub Anm. 6), die inländische Niederlassung einzutragen. Und zwar als Zweigniederlassung (KGJ. 3 12). Durch § 13 Abs. 2 kommen auch diejenigen Vorschriften einzelner älteren Einführungsgesetze in Wegfall, nach denen die inländischen Bevollmächtigten aller oder einzelner Arten von ausländischen Handelsgesellschaften ohne Rücksicht darauf, ob eine Zweigniederlassung vorliegt, eingetragen werden sollen (D. 27). Die ausländische Firma muß, um im Inland als Firma einer Zweig-

niederlassung eingetragen werden zu können, eine nach §§ 18 ff. oder §§ 21 ff. zulässige sein (KGJ. 14 13 scheint nur eine nach §§ 18 ff. zulässige gestatten zu wollen; im übrigen ist die dort für das frühere Recht begründete Ansicht auch für das HGB. zu billigen). Ist dies nicht der Fall, so muß für die Zweigniederlassung eine neue Firma gewählt, und es kann durch einen Zusatz auf die Zusammengehörigkeit mit der Hauptfirma hingewiesen werden (KGJ. 14 10). Besondere Bestimmungen für AG. u. KAG. in § 201 Abs. 5. Über die Rechte ausländischer Gesellschaften im Inland § 6 Anm. IV. — Auf die ausländische Zweigniederlassung eines Kaufmanns, der im Inland seine Hauptniederlassung hat, sind die deutschen Registervorschriften nicht anwendbar. In welcher Währung die Bilanz aufzustellen, vgl. § 40 Anm. I.

III. **Firma** der Zweigniederlassung. Die Zulässigkeit einer Verschiedenheit der Firma von Haupt- und Zweigniederlassung oder auch der Firmen verschiedener Zweigniederlassungen folgt aus § 50 Abs. 3 (ebenso für das frühere Recht KGJ. 12 33, 14 12); hierüber vgl. § 17 Anm. IIIc. Würde die Firma der Hauptniederlassung sich nicht deutlich von anderen Firmen am Ort der Zweigniederlassung unterscheiden, so muß nach § 30 Abs. 3 ein unterscheidender Zusatz in die Firma der Zweigniederlassung aufgenommen werden (§ 30 Anm. III). Über die Firma der Zweigniederlassung im Grundbuchverkehr vgl. § 17 Anm. III e 3, im Rechtsstreit vgl. § 17 Anm. III d. Wer eine Zweigniederlassung anmeldet, unterwirft sich damit (§ 15 Anm. III d 3) wegen solcher Geschäfte, die auf jene Niederlassung Bezug haben, dem Gerichtsstand des § 21 CPO. und kann nicht mit Erfolg einwenden, jene Niederlassung sei keine Zweigniederlassung (RG. 50 430).

IV. **Veräußerung** der Zweigniederlassung. Vgl. § 22 Anm. IIIf, IVc 3.

V. **Auf den Betrieb einer Zweigniederlassung beschränkte Vertretungsmacht.** Vgl. §§ 50 Abs. 3, 126 Abs. 3, 235 Anm. III b 2.

§ 14.

Ordnungsstrafe.

Wer verpflichtet ist, eine Anmeldung, eine Zeichnung der Unterschrift oder eine Einreichung von Schriftstücken zum Handelsregister vorzunehmen, ist hierzu von dem Registergerichte durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die einzelne Strafe darf den Betrag von dreihundert Mark nicht übersteigen.

ADH. Art. 26, 45 u. a. **Entw. I** § 13. **Entw. II** § 14.

I. **Verfahren.** Über die Einzelheiten des Verfahrens bestimmt das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die in Betracht kommenden Bestimmungen dieses Gesetzes sind abgedruckt hinter § 16 HGB.; vgl. dort über die Auslegung jener Bestimmungen. — Der leitende Gedanke für die Einführung der Ordnungsstrafen besteht in einer dem Gericht zugewiesenen Art von Disziplinargewalt über die Kaufleute zur Erzwingung der mit Führung des Handelsregisters in Beziehung stehenden Vorschriften (Mot. S. 51 z. Preuß. EG. v. 1861). Dem Registergericht ist jedoch keine allgemeine Befugnis zur Festsetzung von Ordnungsstrafen verliehen, diese Macht ist ihm vielmehr nur für bestimmte Fälle erteilt (KGJ. 1 11). In anderen als den in §§ 14, 319 zugelassenen Fällen ist daher die Verhängung von Ordnungsstrafen unzulässig (§ 319 Anm. IV). Namentlich besteht keine Anmeldungspflicht (ob ein Anmeldungsrecht, vgl. § 12 Anm. V c) und mithin auch kein Ordnungsstrafrecht in anderen als den ausdrücklich im Gesetz bestimmten Fällen, wenn Änderungen gegenüber dem eingetragenen Registerinhalt eingetreten sind (KG. 9 II 05 OLGRspr. 10 335). — Andererseits ist das Registergericht nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet („ist . . . anzuhalten" § 14, „hat . . . aufzugeben" FGG. § 132), in den sein Einschreiten rechtfertigenden Fällen mit Ordnungsstrafen vorzugehen. — Gegenüber jedem von mehreren Anmeldungspflichtigen ist vorzugehen mindestens, bis feststeht, daß gegenüber einem von ihnen die Erzwingung unmöglich ist (LG. Hamburg 8 VI 04 Holdheims MSchr. 198); und gegenüber den übrigen sogar, wenn dies gegenüber einem feststeht (dagegen Marcus in Holdheim 04 30), denn nicht Gesamtverpflichtung aller, sondern mehrere Einzelverpflichtungen bestehen, und die erreichbaren Anmeldungen sind immerhin wertvoll als Grundlage für ein etwaiges (z. B. FGG. § 141) Eintragen von Amts wegen.

II. **Ausnahmen von der Befugnis zur Verhängung von Ordnungsstrafen** bei unterbliebener Anmeldung, Zeichnung oder Einreichung sind bestimmt für die KG. (§ 175) im Fall der Erhöhung und Herabsetzung der Einlage der Kommanditisten, für die AG. (§ 319 Abs. 2) und KAG. (§ 320 Abs. 3, § 325 Nr. 9), bei Anmeldung der Gesellschaft (§ 195 Abs. 1), Abänderung der Satzung (§ 277 Abs. 1), Beschluß über die Erhöhung (§ 280 Abs. 1) und Erfolgtsein der Erhöhung (§ 284 Abs. 1) des Grundkapitals, des Liquidationsausschließungsbeschlusses bei Übernahme des Vermögens der Gesellschaft als Ganzes durch das Reich, einen Bundesstaat, einen inländischen Kommunalverband (§ 304 Abs. 3) oder eine andere AG. (§ 306 Abs. 1), Beschluß über Umwandlung einer KAG. in eine AG. (§ 333 Abs. 1 Satz 3). In diesen Fällen handelt es sich um Eintragungen, welche die Voraussetzung für die Wirksamkeit gewisser an sich freiwilliger Handlungen bilden und deshalb nicht durch Strafen erzwungen werden können (D. 27). Über die Erzwingbarkeit der Anmeldung zu den Registern der Zweigniederlassungen in den vorstehenden Fällen vgl. § 13 Anm. II b 3. — Auch in den Fällen des § 36 ist ein Ordnungsstrafverfahren in Ansehung eingetragener Unternehmungen zulässig (dagegen Staub § 36 Anm. 8, Lehmann S. 64 Fußnote 1), da das Verfahren nicht gegen die Körperschaft, sondern gegen die einzelnen Vorstandsmitglieder der Körperschaft zu richten ist (§ 319 Anm. II c).

III. **Ordnungsstrafe.** Eine Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe ist unzulässig. Für den Gesamtbetrag mehrerer Strafen ist keine Höchstbegrenzung gegeben.

§ 15.

Wirkung der Nichteintragung und Eintragung.

Solange eine in das Handelsregister einzutragende Thatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war.

Ist die Thatsache eingetragen und bekannt gemacht worden, so muß ein Dritter sie gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte.

Für den Geschäftsverkehr mit einer in das Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung ist im Sinne dieser Vorschriften die Eintragung und Bekanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung entscheidend.

ADH. Art. 25, 46 u. a. **Entw. I** § 14. **Entw. II** § 15.

I. **Tragweite des § 15.** Über das Verhältnis des § 15 zu § 5, vgl. § 5 Anm. I b. Der § 15 enthält zwei sachliche Vorschriften (a, b) und eine Beweisregel (c).

a. **Grundsatz, daß ein einzutragendes Rechtsverhältnis nicht erst durch Eintragung und Bekanntmachung Wirksamkeit erlangt.** Daß dieser Grundsatz in § 15 ausgesprochen ist, wird klar, wenn man die Vorschrift des Abs. 1 in folgende Form bringt: „Solange eine einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann sie dennoch einem Dritten entgegengesetzt werden, dem sie bekannt war." Hierin liegt der wichtigste Anwendungsfall der bejahenden Regel, die gemeinsam mit der nirgends zusammenfassend im Gesetzbuch ausgesprochenen entsprechenden, für den Fall des Nichtbestehens des eingetragenen Rechtsverhältnisses geltenden verneinenden Regel den Grundsatz der nur erklärenden Wirkung der Eintragung ergibt (unten Anm. II a). — Von diesem in § 15 ausgesprochenen Grundsatz bestehen jedoch Ausnahmen; dies sind die Fälle, in denen die Eintragung begründende Wirkung hat (unten Anm. II b).

b. **Vorschrift über den Einfluß der Nichtkenntnis eines Dritten von einer einzutragenden Tat-**

sache. Der § 15 spricht den Grundsatz aus, daß ein Dritter gegenüber bestimmten Personen eine ihm nicht bekannte einzutragende Tatsache — gleichgültig, ob sie eingetragen ist oder nicht — nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, außer wenn seine Nichtkenntnis der eingetragenen und bekannt gemachten Tatsache auf seiner Fahrlässigkeit beruht. Näheres unten zu III. Insoweit § 15 diesen Grundsatz ausspricht, ist er anwendbar auch auf alle Fälle, in denen die Eintragung andere als erklärende Wirkung hat. Nicht anwendbar dagegen auf die Eintragung der Konkurseröffnung, -aufhebung und -einstellung (§ 32 Abs. 4) und — weil keine „Eintragung" enthaltend (§ 13 Anm. II c 2) — auf die Vermerke im Hauptregister über Eintragung oder Aufhebung einer Zweigniederlassung (FGG. § 131). Über die Eintragung des Ausschlusses der Übernahme von Geschäftsforderungen oder -verbindlichkeiten bei Fortführung des erworbenen Geschäfts unter der Firma (§§ 25 Abs. 2, 28 Abs. 2) vgl. unten Anm. III a 2. Über die erstmalige Eintragung des Betrages der Kommanditisteneinlage (§ 172 Abs. 1) vgl. § 172 Anm. I b, § 176 Anm. I c. — Ob die Regel des § 15 Abs. 2 uneingeschränkt anwendbar bleibt, wenn fahrlässiges Nichtkennen des Dritten erheblich ist zur Widerlegung seines guten Glaubens bei Erwerb eines dinglichen Rechts, vgl. § 366 Anm. I b 8. Ob § 15 Abs. 2 im Fall des § 123 Abs. 1 anwendbar, vgl. § 123 Anm. I b.

c. **Regeln für Verteilung der Beweislast in Ansehung der Kenntnis, der Nichtkenntnis und des Kennenmüssens.** Sie finden Anwendung in den Fällen, auf welche die Vorschrift zu b anwendbar ist. Näheres unten zu III.

II. **Wirkung der Eintragung hinsichtlich des Entstehens des eingetragenen Rechtsverhältnisses.**

a. **Erklärende Wirkung** der Eintragung ist die Regel. Andere Wirkungen (unten zu b, c, d) sind die Ausnahme. In jenen Regelfällen hat die Eintragung keine Wirkung für das Entstehen des eingetragenen Rechtsverhältnisses. Das Rechtsverhältnis, wenn es überhaupt besteht, besteht schon vor Eintragung (dies in § 15 Abs. 1 für den wichtigsten Anwendungsfall ausgesprochen; oben Anm. I a). Besteht es nicht, so bringt auch die Eintragung es nicht zum Entstehen. Jede von beiden vorstehenden Folgerungen ist jedoch nicht streng durchgeführt: Das trotz Nichteintragung bestehende Rechtsverhältnis darf, wenn es einzutragen war, von demjenigen, in dessen Angelegenheit es einzutragen war, einem Dritten als bestehend dennoch nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß diesem das Bestehen bekannt war (§ 15 Abs. 1). Das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses trotz Eintragung darf von demjenigen, der durch Herbeiführung der Eintragung oder in anderer Weise das Bestehen kundgegeben hatte, nicht gegenüber demjenigen, der auf die Kundgebung vertraute, geltend gemacht werden (RG. 1 243, unten Anm. III d 3 α). — Über die nichteingetragene Firma insbesondere vgl. § 17 Anm. II b. — Zu den Eintragungen erklärender Wirkung gehören auch die Eintragungen der Konkurseröffnung, -aufhebung und -einstellung (§ 32) und die Vermerke im Hauptregister über Eintragung oder Aufhebung einer Zweigniederlassung (FGG. § 131); nur daß in diesen Fällen die oben Anm. I b und c erwähnten, in § 15 enthaltenen Vorschriften nicht anwendbar sind (oben Anm. I b).

b. **Begründende Wirkung.** In einzelnen Ausnahmefällen hat die Eintragung eine weitergehende Wirkung. Man kann sie als „begründende" bezeichnen; indessen ist dies nicht in dem Sinn richtig, daß durch die Eintragung ausnahmslos das eingetragene Rechtsverhältnis entsteht; vielmehr nur in dem Sinn, daß die Eintragung die notwendige, aber nicht die einzige Voraussetzung für die Entstehung des Rechtsverhältnisses ist. Auch in den Fällen „begründender" Wirkung kann es daher vorkommen, daß in Wahrheit das eingetragene Rechtsverhältnis nicht besteht. Die Hauptfälle sind die Erwerbung der Kaufmannseigenschaft in den Fällen der §§ 2, 3 Abs. 2, die durch Herabsetzung einer eingetragenen Einlage eintretende Beschränkung der Haftung des Kommanditisten im Verhältnis nach außen (§ 174), die Entstehung der AG. und KAG. als einer solchen (§§ 200, 320 Abs. 3), der GmbH. als einer solchen (GmbHG. § 11), die Erwerbung der Rechte als Eingetragene Genossenschaft (GenG. § 13, RG. 39 29), Änderung der Satzung einer AG. (§ 277 Abs. 3), KAG. (§ 320 Abs. 3), GmbH. (GmbHG. § 54 Abs. 3) und Gen. (GenG. § 16 Abs. 4), Übernahme des Vermögens der AG. oder KAG. als Ganzes unter Liquidationsausschluß (§§ 304 Abs. 4, 306 Abs. 1), Erwerb der Mitgliedschaft als Genosse (GenG. § 15 Abs. 3). — Eine begründende Wirkung

ist verbunden auch mit der Eintragung der Nichtübernahme von Geschäftsforderungen und -verbindlichkeiten bei Firmenfortführung des Geschäftserwerbers (§§ 25 Abs. 2, 28 Abs. 2); nur bestehen in diesem Fall die Besonderheiten, daß die begründende Wirkung nicht schon an die Eintragung, sondern erst an die hinzukommende Bekanntmachung geknüpft ist und daß ferner außer durch Eintragung und Bekanntmachung auch durch Mitteilung seitens des Veräußerers oder Erwerbers (bzw. eines Gesellschafters) an den Dritten dieselbe Wirkung herbeigeführt werden kann. Ähnlich für das Verhältnis nach außen bei Erhöhung der Einlage eines Kommanditisten (§ 172 Abs. 2). — Daß nicht alle in § 15 enthaltenen Regeln auf Fälle begründender Wirkung anwendbar, vgl. oben Anm. I a.

c. **Wirkung einer Unterstellung.** In den hierher gehörenden Ausnahmefällen bewirkt — ebenso wie in den Fällen zu b — die Eintragung eines Rechtsverhältnisses zwar nicht, daß dies Rechtsverhältnis, auch wenn nicht vorhanden, dennoch entsteht. Aber sie bewirkt — insoweit über die Wirkung der Fälle zu b hinausgehend —, daß gegenüber gewissen Personen das Nichtvorhandensein des Rechtsverhältnisses nicht geltend gemacht werden kann. Andererseits kann in diesen Fällen — insoweit bleibt die Wirkung hinter der zu b erwähnten zurück — das Rechtsverhältnis auch auf andere Weise als durch Eintragung entstehen. Hierher gehören die Vorschriften über Eintragung einer Firma im Handelsregister (§ 5) und über die gegenüber Dritten bestehende Unwirksamkeit einer Vereinbarung, daß eine offene Handelsgesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt als dem der Eintragung ihren Anfang nehmen solle (§ 123 Abs. 3). Ebenso die Vorschrift des § 172 Abs. 1 (verglichen mit § 176), daß nach Eintragung der Kommanditgesellschaft oder (bei Eintritt in eine bestehende Kommanditgesellschaft) nach Eintragung der Person des Kommanditisten der Betrag seiner Einlage im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt wird. — Ob § 15 in vollem Umfang neben § 5 anwendbar, vgl. § 5 Anm. I b.

d. **Sonstige Wirkungen.** In einzelnen Fällen werden noch andere Folgen an die Eintragung geknüpft. So der Beginn einer Verjährungsfrist (§§ 26 Abs. 2, 159 Abs. 2), die Zulässigkeit der Ausgabe von Mitgliedscheinen auf das erhöhte Grundkapital der AG. und KAG. (§ 287), die Unzulässigkeit der Einwendung des Nichtkennens der eingetragenen Tatsache (§ 123 Abs. 1; vgl. § 123 Anm. I b).

III. **Wirkung der Eintragung und Bekanntmachung oder der Nichteintragung oder Nichtbekanntmachung hinsichtlich des Kennens, Nichtkennens und Nichtkennenmüssens eines Dritten.**

a. **Einzutragende Tatsache.**

1. Tatsache. Sowohl Abs. 1 wie auch Abs. 2 setzen voraus, daß eine Tatsache vorliegt. Daraus folgt, daß § 15 nicht anwendbar ist, wenn trotz erfolgter Eintragung die eingetragene Tatsache nicht vorliegt (unten Anm. III d 3). — Soweit dem Registergericht keine Prüfungspflicht obliegt, beweist die Eintragung nur die erfolgte Anmeldung, nicht die Richtigkeit der angemeldeten Tatsache (RG. 1 243, CPO. § 418 Abs. 3). Soweit aber dem Registergericht eine Prüfungspflicht obliegt, begründet die erfolgte Eintragung die (durch Gegenbeweis entkräftbare) Vermutung, daß der Inhalt der Eintragung dem Gesetz entspricht (CPO. § 418 Abs. 1, RG. 41 22, KG. 9 VII 04 OLGRspr. 9 248), z. B. daß die eingetragene Firma einer offenen Handelsgesellschaft eine für diese zulässige ist (RG. 41 22). Inwieweit dem Registergericht eine Prüfungspflicht obliegt, vgl. § 12 Anm. VI. Einzutragende Tatsache kann auch das Erlöschen eines eingetragenen Rechtsverhältnisses sein (unten Anm. III d 1). Ebenso wohl auch der Umstand, daß ein eingetragenes Rechtsverhältnis von Anfang an nicht bestanden hat; auch auf das Unterlassen eines Berichtigungsvermerks ist daher § 15 Abs. 1 anwendbar (unten Anm. III d 3 α).

2. „Einzutragende". Dies Merkmal ist in Abs. 1 ausdrücklich hervorgehoben. In Abs. 2 weisen die Worte „ist die Tatsache eingetragen" auf das „**einzutragende** Tatsache" des Abs. 1 zurück. Hiernach geht das Gesetz davon aus, daß insoweit Abs. 1 und Abs. 2 das Vorliegen des gleichen Merkmals erfordern. Zweifelhaft kann sein, ob unter „einzutragende" nur die „eintragungspflichtigen", d. h. deren Eintragung durch Ordnungsstrafe erzwingbar, verstanden, oder ob (so Wolff ZHR. 47 262 Anm. 42) weitergehend alle „eintragungs-

fähigen“ Tatsachen gemeint sind. Für ersteres spricht der Wortlaut „einzutragenden“, „nicht etwa „eintragbaren“ und ferner der Umstand, daß eine der in Abs. 1 enthaltenen Regeln (oben Anm. Ia) keinesfalls auf die eintragungsfähigen aber nicht eintragungspflichtigen Tatsachen paßt; diese Auslegung ist auch vorausgesetzt in RG. 19 IX 03 JW. 401[15]. Trotzdem wird wohl der Auslegung als „eintragungsfähigen“ der Vorzug zu geben sein, da aus den Bemerkungen der Denkschrift zu § 174 (§ 174 Anm. III) hervorgeht, daß dort § 15 in dieser Weise ausgelegt wurde. Wird die letztere Auslegung zu Grund gelegt, so folgt, daß § 15, soweit in ihm die in Anm. Ib und c erwähnten Regeln enthalten sind, auch auf Eintragungen, die nicht erzwingbar sind, namentlich also auf von Amts wegen zu bewirkende Eintragungen (unten Anm. IIIb 2) und auch auf die Eintragungen mit begründender Wirkung (oben Anm. IIb), anwendbar ist, außer wenn aus der nachstehend zu 3 gemachten Einschränkung oder aus der betreffenden einzelnen Vorschrift etwas Abweichendes hervorgeht. Daß aus der betreffenden einzelnen Vorschrift etwas Abweichendes hervorgehe, ist anzunehmen z. B. in den Fällen der §§ 25, 28 (§ 25 Anm. IIId 2). Ebenso für die erstmalige Eintragung und Bekanntmachung im Fall des § 36; hierauf ist § 15 Abs. 1 nicht für anwendbar zu erachten, da der Gesetzgeber den mittelbaren Eintragungszwang, der hierin liegen würde, für diesen Fall nicht wollte. In den Fällen begründender Wirkung kann § 15 Abs. 1 in der Regel nur insoweit in Anwendung kommen, als er sich auf Nichtbekanntmachung nach erfolgter Eintragung bezieht; der Fall der Nichteintragung der einzutragenden Tatsache kann nicht vorliegen, da diese Tatsache als wirksame erst mit der Eintragung entsteht. — Über entsprechende Anwendung der Bestimmungen des § 15 auf Minderkaufleute vgl. § 4 Anm. IVb 1. — Ist einem Dritten zwar der Tod eines Gesellschafters, aber nicht der Umstand, daß der Tod die Auflösung der Gesellschaft zur Folge gehabt hat, bekannt, so kann ihm die nichteingetragene Auflösung nicht entgegengesetzt werden, denn nur letztere ist die einzutragende Tatsache (dagegen ROH. 19 21; dahingestellt ROH. 21 374). — Unter „eintragen“ ist „löschen“ mitbegriffen (unten Anm. IIId 1).

3. Bekanntzumachende? Der § 15 erwähnt nicht als Voraussetzung, daß die „einzutragende“ Tatsache auch bekanntmachungsfähig (oder — was in allen Einzelfällen bekanntmachungsfähiger Tatsachen zutrifft — bekanntmachungspflichtig) sein muß. Da jedoch die Folge sowohl des Abs. 1 wie auch des Abs. 2 nicht lediglich an die Nichteintragung oder Eintragung, sondern außerdem auch an die Nichtbekanntmachung oder Bekanntmachung geknüpft ist, so ergibt sich, daß § 15 nicht anwendbar ist, wenn die Tatsache zwar eintragungsfähig aber nicht bekanntmachungsfähig ist. Daher ist § 15 nicht anwendbar z. B. im Fall des § 172 Abs. 1 und 2 (§ 172 Anm. Ib). Ob § 15 im Fall des § 176 anwendbar ist, vgl. § 176 Anm. Ic.

b. **Sonstige Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 15?**

1. Ursächlicher Zusammenhang zwischen Eintragung und Bekanntmachung oder Nichteintragung oder Nichtbekanntmachung und dem Verhalten des Dritten? Die Denkschrift 28 führt aus: Der § 15 enthält eine Verallgemeinerung der Grundsätze, welche das ADH. für einzelne bestimmte Fälle aufgestellt hatte. Jene Fälle bezogen sich auf die Eintragung gewisser Tatsachen, durch welche eine Haftbarkeit ausgeschlossen wird, die ohne den Eintritt der betreffenden Tatsache an sich begründet sein würde. Diese Fälle bleiben auch künftig für die Anwendung die wichtigsten. Infolge der allgemeinen Fassung kommen aber künftig noch andere Fälle in Betracht, z. B. wenn ein neu eingetretener aber noch nicht eingetragener Gesellschafter einem Gesellschaftsschuldner ein Darlehn kündigt und letzterer sich auf § 15 Abs. 1 beruft. „Der Natur der Sache nach beschränkt sich aber die Anwendbarkeit des § 15 auf Fälle, in welchen die Kenntnis der einzutragenden Tatsache für das Verhalten des Dritten und seine durch dieses Verhalten beeinflußten Rechte oder Verbindlichkeiten von irgend welcher Bedeutung sein kann. Dies ergibt sich schon aus dem Zwecke der im § 15 enthaltenen Vorschriften, außerdem auch aus der Wirkung, welche darin der nachgewiesenen Kenntnis, bzw. unverschuldeten Unkenntnis des Dritten beigelegt wird. Soweit die bezeichnete Voraussetzung ausgeschlossen

erscheint, ist für die Bestimmung des § 15 kein Raum. Wenn z. B. durch die scheu werdenden Pferde des Geschäftswagens einer offenen Handelsgesellschaft ein Schaden angerichtet wird, so kann der Geschädigte nicht etwa einen zur Zeit des Unfalles bereits aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafter deswegen in Anspruch nehmen, weil das Ausscheiden desselben zu der fraglichen Zeit noch nicht in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht war; denn es fehlt in diesem Falle an jeder Möglichkeit eines Zusammenhanges zwischen der Entstehung des Schadens und der Unkenntnis des Dritten von dem Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters." — Wollte man jener Ausführung zustimmen, so müßte man folgerichtig nicht nur mit der Denkschrift den Beweis zulassen, daß die Kenntnis der einzutragenden Tatsache für das Verhalten des Dritten nicht von Bedeutung sein konnte, sondern auch den Beweis, daß, wenn sie auch an sich von Bedeutung sein konnte, sie es doch im Einzelfall nicht war, also z. B. auch bei Rechtsgeschäften mit dem Dritten im Fall des § 15 Abs. 1 den Gegenbeweis, daß der Dritte auch die bisherige Eintragung nicht kannte, durch welche diejenige Haftung begründet wurde, die infolge späterer nicht eingetragener Änderung erlosch. — Der Wortlaut des § 15 gibt jedoch einen Anhalt weder für die in der Denkschrift befürwortete noch für die letzterwähnte Beschränkung. Daher wird im Gegensatz zur Denkschrift anzunehmen sein, daß § 15 auch dann anwendbar ist, wenn zwischen Eintragung und Bekanntmachung oder Nichteintragung oder Nichtbekanntmachung und dem Verhalten des Dritten kein ursächlicher Zusammenhang möglich ist, oder wenn er zwar an sich möglich wäre, aber im Einzelfall nicht besteht (ebenso Staub Anm. 2, 3, Düringer-Hachenburg Anm. II, Lehmann Nr. 8, Goldmann Anm. 4; für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegenteilig RG. 7 VII 05 JW. 532 [13]).

2. Verletzung der Anmeldungspflicht? Die Folgen des § 15 treten ein ohne Rücksicht darauf, ob ein Verschulden des Anmeldungspflichtigen vorliegt oder nicht (ROH. 21 373). Auch ohne Rücksicht darauf, ob überhaupt eine Anmeldungspflicht vorlag oder die Eintragung von Amts wegen bewirkt werden mußte, wie z. B. bei gerichtlicher Ernennung von Liquidatoren (§§ 148 Abs. 2, 296 Abs. 3). Die Anmeldung ersetzt nicht die Eintragung und Bekanntmachung, selbst wenn die Nichteintragung oder Nichtbekanntmachung auf schuldhafter Weigerung (RG. 40 156) oder auf einem Versehen des Registergerichts (ROH. 23 280, vgl. auch RG. 20 175) beruht.

c. **Dritter** ist im Verhältnis zur Gesellschaft auch der einzelne Gesellschafter, insoweit er der Gesellschaft als Vertragsgegner gegenübersteht (§ 126 Anm. II a). Die Wirkungen des § 15 treten nur in den Beziehungen des Privatrechts ein und berühren nicht öffentlichrechtliche Verhältnisse; Dritter ist daher z. B. nicht der Registerrichter oder der Strafrichter (vgl. § 5 Anm. II b 2).

d. **Die einzelnen Fälle.**

1. Einzutragende, aber nicht eingetragene oder nicht bekanntgemachte Tatsache (§ 15 Abs. 1). Soll dem Dritten eine solche Tatsache entgegengesetzt werden, so muß der Entgegensetzende beweisen, daß sie dem Dritten bekannt war. Nicht genügt (abweichend von dem Fall des Abs. 2) der Beweis, daß der Dritte die Tatsache habe kennen müssen. Der Dritte kann sich auf die nicht eingetragene oder nicht bekanntgemachte Tatsache berufen. Nur derjenige, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war, ist durch § 15 Abs. 1 behindert, sie gegenüber einem Dritten, der sie nicht kannte, geltend zu machen. Die Auflösung einer Gesellschaft mit unmittelbar gegenüber Dritten (unbeschränkt oder beschränkt) haftenden Gesellschaftern oder das Ausscheiden eines der letzteren betrifft nicht nur Angelegenheiten der Gesellschaft, sondern auch im ersteren Fall aller persönlich haftenden Gesellschafter, im letzteren Fall des ausscheidenden Gesellschafters. Letzteres indessen nur, soweit die Gesellschaftsangelegenheiten des Ausgeschiedenen, namentlich also die namens der Gesellschaft vorgenommenen Handlungen, in Frage kommen. Daher kann, wenn das Ausscheiden nicht eingetragen ist, der Ausgeschiedene seine Mithaftung für spätere Geschäfte der Gesellschaft, und die Gesellschaft ihre Verbindlichkeit auf Grund der von dem Ausgeschiedenen später namens der Gesellschaft

abgeschlossenen Geschäfte nur ablehnen, wenn sie beweisen, daß dem Dritten das Ausscheiden bekannt war (RG. 13 II 00 JW. 254[8]). Handelt dagegen der Ausgeschiedene, dessen Ausscheiden nicht eingetragen ist, demnächst in eigenem Namen (z. B. indem er einen Vertrag abschließt, den er, solange er Gesellschafter war, nicht hätte abschließen dürfen), so kann er sich gegenüber einem Dritten, der das Ausscheiden nicht kannte, auf dies Ausscheiden selbst dann berufen, wenn es nicht eingetragen war (RG. 13 II 00 JW. 254[8]). Der § 15 Abs. 1 kommt sowohl dann zur Anwendung, wenn in Angelegenheiten einer Person überhaupt noch keine Eintragung im Register geschehen ist (KG. 25 IV 01 KGBl. 100), wie auch dann, wenn etwas eingetragen ist, aber die Änderung der eingetragenen Tatsache nicht vermerkt wurde. Aber auch dann, wenn weder die ursprüngliche Eintragung erfolgt, noch die Änderung der nichteingetragenen Tatsachen vermerkt wurde; in solchem Fall kann den aus § 15 Abs. 1 sich ergebenden Folgen der Nichteintragung der Änderung dadurch begegnet werden, daß nachträglich die Eintragung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses und alsbald auch die Eintragung der Änderung herbeigeführt wird (§ 31 Anm. I a). — Einen Fall unvollständiger Eintragung s. RG. 12 135.

2. Einzutragende eingetragene und bekannt gemachte Tatsache (§ 15 Abs. 2). Der § 15 Abs. 2 ist anwendbar nur wenn die Tatsache 1. richtig (oben Anm. III a 1), 2. eintragungsfähig (oben Anm. III a 2) ist. Sie muß ferner sowohl eingetragen wie auch bekannt gemacht sein; eins ohne das andere genügt nicht. Auch § 15 Abs. 2 betrifft trotz seiner weiteren Fassung nur das Verhältnis des Eintragungspflichtigen zum Dritten, nicht aber das Verhältnis zweier Dritter untereinander (P. 928). „Kennenmüssen" ist „Nichtkennen infolge von Fahrlässigkeit" (BGB. § 122). Fahrlässig handelt wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt (BGB. § 276). Der Dritte hat zu beweisen 1. sein Nichtkennen, 2. daß sein Nichtkennen nicht auf Fahrlässigkeit beruhte. Aus § 15 Abs. 2 geht hervor, daß nicht jedes Nichtkennen einer eingetragenen und bekanntgemachten Tatsache ein fahrlässiges ist. Daher wird eine Fahrlässigkeit nicht schon darin zu finden sein, daß die im Reichsanzeiger veröffentlichten Bekanntmachungen nicht dauernd geprüft und aufgezeichnet worden sind (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. VI). Dagegen handelt fahrlässig, wer ein größeres Geschäft abschließt, ohne vorher, wenn die vor dem Geschäftsabschluß verbleibende Zeit und die Entfernung des Registergerichts es erlaubten, das Register einzusehen oder sich Abschrift kommen zu lassen oder sich wenigstens bei einer zuverlässigen Auskunftei zu erkundigen. Zwar besteht im Verkehr keine besondere Erkundigungspflicht, wohl aber die Verpflichtung zur Beachtung der allgemein zugänglichen Erkenntnisquellen (OLG. Hamburg 29 I 95 ZHR. 46 477).

3. Nicht vorhandene oder nicht einzutragende eingetragene und bekannt gemachte Tatsache. Auf diesen Fall ist § 15 nicht anwendbar (oben Anm. III a 2). Die eintretenden Folgen sind abzuleiten aus dem für alle Eintragungen (jedoch für diejenigen unterstellender Wirkung nicht gegenüber bestimmten Personen) maßgebenden Grundsatz, daß die Eintragung kein nicht vorhandenes Rechtsverhältnis schafft (oben Anm. II) in Verbindung mit den allgemeinen Vorschriften des BGB. über Vorsatz und Fahrlässigkeit. Hieraus ergeben sich — abgesehen von der erwähnten Ausnahme der unterstellenden Wirkung von Eintragungen — nachstehende Regeln.

α. Ist die eingetragene Tatsache sachlich unrichtig, so können grundsätzlich beide Parteien dies geltend machen. Die auf Grund einer Anmeldung erfolgte Eintragung ist nur die Beurkundung einer erklärten Tatsache (§ 12 Anm. VII) zu öffentlichem Glauben, sie setzt das Vorhandensein der Erklärung voraus, ersetzt sie aber nicht; der Eintragung fehlen die ihr vom Gesetz beigelegten Wirkungen, wenn sie Nichterklärtes als erklärt oder das Erklärte unrichtig bekundet (ROH. 23 286, RG. 20 170). Eine nachträgliche Berichtigung der Eintragung wirkt nach außen nur für die Zukunft (RG. 11 II 02 JW. 172[36]). — Beruht die falsche Eintragung auf schuldhaft falscher Anmeldung, so ist der Anmeldende schadensersatzpflichtig (BGB. §§ 276, 823) und kann nicht zu seinen Gunsten sich auf die Eintragung berufen (RG. 55 155). Die An-

meldung zum Zweck der Eintragung kann aber unter Umständen als eine Willenserklärung gegenüber der Allgemeinheit mit geheimem Vorbehalt aufgefaßt werden, und dann kann jeder andere zu ungunsten des Anmeldenden diesem gegenüber die Rechte geltend machen, die bestehen würden, wenn die fälschlich angemeldete Tatsache richtig wäre (BGB. § 116). Zweck der Eintragungsvorschriften ist, die Anmeldenden Dritten gegenüber bei demjenigen festzuhalten, was auf Grund ihrer Erklärungen eingetragen ist (ROH. 3 412). Die Eintragungen haben als öffentlich im Rechtsverkehr abgegebene verantwortliche Erklärungen zu gelten (RG. 51 37). Ein unbeschränkt Geschäftsfähiger (RG. 51 37), der eine die Gestaltung seines Handelsgewerbes betreffende Eintragung und Bekanntmachung herbeiführt, ist daher mit dem Einwand, daß das auf seinen Antrag Eingetragene dem wahren Sachverhalt nicht entspreche, insoweit nicht zu hören, als es sich um Verhältnisse handelt, die seiner Verfügung unterliegen (RG. 40 146, 50 429), außer wenn dem Dritten bekannt war, daß die Eintragung dem wahren Sachverhalt nicht entspreche (RG. 50 431). Die letztere Ausnahme ist nicht auch (was RG. 50 431 anzunehmen scheint) für den Fall anzuerkennen, daß dem Dritten nur bekannt sein mußte, daß die Eintragung dem wahren Sachverhalt nicht entspreche. — Zweifelhaft ist, ob auch wenn die eingetragene Tatsache unrichtig ist, unter Umständen § 15 Abs. 1 zu gunsten des Dritten insofern eingreift, als eine Berichtigung der unrichtigen Eintragung hätte eingetragen werden können. Die Entscheidung ist abhängig davon, ob das Nichtvorhandensein einer eingetragenen Tatsache als eine einzutragende Tatsache angesehen werden kann (oben zu a 1). Bejaht man dies, so würde, wenn z. B. jemand als Vorstandsmitglied der AG. eingetragen worden ist, ohne gültig gewählt zu sein, der Dritte, dem nicht bewiesen wird, daß er die Ungültigkeit der Wahl kannte, sich auf § 15 Abs. 1 berufen können, solange die Löschung jener unrichtigen Eintragung nicht erfolgt und bekannt gemacht ist (so ROH. 20 210). Beruht die falsche Eintragung auf Versehen des Richters so hat sie — außer soweit auch hier wegen Unterlassen des Berichtigungsvermerks § 15 Abs. 1 eingreift — keine Wirkung im Verhältnis der Parteien zueinander, es sei denn die Zulässigkeit einer Anfechtung wegen Irrtums oder ähnliche Rechtsbehelfe (vgl. ROH. 23 287). — Über fälschliche Eintragung einer Niederlassung als Zweigniederlassung vgl. § 13 Anm. III, einer offenen Handelsgesellschaft vgl. § 123 Anm. IV b, eines gesetz- oder satzungverletzenden Generalversammlungsbeschlusses vgl. § 273 Anm. V d, einer nichtigen Aktiengesellschaft vgl. § 311 Anm. III. — Ob durch Eintragung einer der Prüfung des Registerrichters unterliegenden Tatsache die Vermutung der Richtigkeit des Eingetragenen begründet wird, vgl. oben Anm. III a 1.

β. Ist die eingetragene Tatsache nicht eintragungsfähig (§ 12 Anm. V c, d), so übt eine dennoch erfolgte Eintragung keine Wirkungen für die Frage, ob eine der Parteien sie gegen sich gelten lassen muß (oben Anm. III a 2), es müßte denn etwa auch hier ein Verschulden oder ein geheimer Vorbehalt (oben zu α) in Betracht kommen, oder es müßte die Eintragung die Kenntnis der Tatsache für den Dritten vermittelt haben und diese Kenntnis im Einzelfall erheblich sein. Eine unzulässige Beschränkung der Vertretungsmacht gegenüber Dritten (z. B. in den Fällen der §§ 50, 126, 235) bleibt unwirksam trotz Eintragung (ROH. 6 140, vgl. KG. 10 VII 82 KGJ. 3 14).

IV. **Zweigniederlassung** (§ 15 Abs. 3). Der Abs. 3 setzt voraus, daß die Zweigniederlassung 1. besteht, 2. eingetragen ist. Doch muß, wer die Zweigniederlassung angemeldet hat, sie in der Regel als bestehend gelten lassen (oben Anm. III d 3 α). — Die D. 29 bemerkt: „Soweit es sich um Rechtsakte handelt, deren Wirksamkeit nicht bloß relativ, sondern unbedingt von der Eintragung in das Handelsregister abhängt, wie die Errichtung der Aktiengesellschaft, die Änderung des Statuts einer solchen u. dergl. m., kann selbstverständlich nur der Inhalt eines einzigen Registers, und zwar desjenigen der Hauptniederlassung entscheiden. An den betreffenden Stellen des Entwurfs ist dies durch die Fassung der Vorschriften zum Ausdruck gebracht." Dies erscheint nicht zutreffend (Staub Anm. 11), vielmehr auch § 15 Abs. 3 in demselben Umfang wie Abs. 1, 2, nämlich insoweit die in § 15 Anm. I b, c erwähnten Regeln in Betracht

kommen, anwendbar auch auf Eintragungen von begründender, unterstellender oder sonstiger Wirkung (oben Anm. II b—d), selbst wenn an der betreffenden Stelle (z. B. §§ 26 Abs. 2, 159 Abs. 2, 174, 176, 200, 277 Abs. 3, 304 Abs. 4) die Eintragung im Register des **Sitzes** für maßgebend erklärt ist. Dort ist die Eintragung im Register des Sitzes als maßgebend erklärt nur für das Entstehen des Rechtsverhältnisses; § 15 dagegen behandelt, soweit die in Anm. I b und c erwähnten Regeln in Betracht kommen, die hiervon verschiedene Frage, unter welchen Voraussetzungen ein entstandenes Rechtsverhältnis einem Dritten entgegengesetzt werden kann. Die Kenntnis des Dritten von einer im Register der Hauptniederlassung (oder des Sitzes) erfolgten Eintragung kann allerdings auch bei Anwendung des § 15 Abs. 3 erheblich sein, aber — gleichgültig ob jene Eintragung erklärend oder begründend wirkt — lediglich insofern die betreffende eingetragene Tatsache nur **einheitlich** für Haupt- und Zweigniederlassung feststellbar ist und mithin aus der Kenntnis des Dritten von der im Hauptregister erfolgten Eintragung seine Kenntnis von der Tatsache und von ihrer Erstreckung auch auf die Zweigniederlassung folgt. Ist z. B. eine Satzungsänderung, die eine Änderung der Einzelvertretungsmacht von Vorstandsmitgliedern in eine Gesamtvertretungsmacht enthält, nicht im Register des Sitzes eingetragen, so kann trotz § 15 Abs. 1 einem Dritten, der den Satzungsänderungsbeschluß kannte, nicht die erfolgte Satzungsänderung entgegengesetzt werden (oben Anm. I a, II b). Ist dagegen die Satzungsänderung im Register des Sitzes, aber noch nicht im Register der Zweigniederlassung eingetragen, so kann die AG. einem in Geschäftsverkehr mit der Zweigniederlassung stehenden Dritten die erfolgte Satzungsänderung entgegensetzen, wenn die AG. beweist, daß der Dritte Kenntnis von der Eintragung im Register des Sitzes hat (§ 15 Abs. 1, 3), denn eine Satzungsänderung kann nur einheitlich für Haupt- und Zweigniederlassung geschehen, die Kenntnis der für die Hauptniederlassung erfolgten Änderung beweist daher die Kenntnis, daß die Änderung auch in Ansehung der Zweigniederlassung geschehen ist. Kann die AG. jenen Beweis nicht erbringen, so kann sie unter vorstehenden Umständen dem Dritten die erfolgte Satzungsänderung nicht entgegensetzen (§ 15 Abs. 1, 3). Ist die Satzungsänderung auch in das Register der Zweigniederlassung eingetragen, so kann die AG. dem in Geschäftsverkehr mit der Zweigniederlassung stehenden Dritten diese Satzungsänderung entgegensetzen, außer wenn er beweist, daß er sie weder kannte noch kennen mußte (§ 15 Abs. 2, 3).

§ 16.

Prozeßgericht und Handelsregister.

Ist durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts die Verpflichtung zur Mitwirkung bei einer Anmeldung zum Handelsregister oder ein Rechtsverhältniß, bezüglich dessen eine Eintragung zu erfolgen hat. gegen einen von mehreren bei der Vornahme der Anmeldung Betheiligten festgestellt, so genügt zur Eintragung die Anmeldung der übrigen Betheiligten. Wird die Entscheidung, auf Grund deren die Eintragung erfolgt ist, aufgehoben, so ist dies auf Antrag eines der Betheiligten in das Handelsregister einzutragen.

Ist durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts die Vornahme einer Eintragung für unzulässig erklärt, so darf die Eintragung nicht gegen den Widerspruch desjenigen erfolgen, welcher die Entscheidung erwirkt hat.

ADH. — **Entw. I** § 15. **Entw. II** § 16.

I. **Entscheidung des Prozeßgerichts.** „Entscheidung" umfaßt **alle** Formen der Anordnung, nicht nur Urteil, sondern auch z. B. einstweilige Verfügung. Schon eine **vorläufig** vollstreckbare Entscheidung genügt. Ob die Entscheidung die Verpflichtung zur Anmeldung oder das einzutragende Rechtsverhältnis selbst feststellt, begründet keinen Unterschied. Nicht eine Entscheidung in **Form** der „Feststellung" nach § 256 CPO. allein ist gemeint, sondern auch Entscheidungen, die zur Vornahme der Anmeldung verurteilen, sowie einstweilige Verfügungen, die

selbst in das streitige Rechtsverhältnis rechtserzeugend eingreifen, z. B. einem Gesellschafter einstweilen die Vertretungsbefugnis beschränken oder entziehen (D. 30).

II. **Feststellung einer Verpflichtung zur Anmeldung oder eines Rechtsverhältnisses, bezüglich dessen eine Eintragung zu erfolgen hat (Abs. 1 Satz 1).** Der § 16 Abs. 1 betrifft nur Fälle, in denen zur Anmeldung mehrere mitwirken müssen. Wer, ohne zur Mitwirkung bei der Anmeldung berufen zu sein, an einer Eintragung sonst ein Interesse hat, z. B. der Pächter eines Handelsgeschäfts, dem sich der Inhaber der Firma zur Erteilung der Prokura verpflichtet hat, oder der Kaufmann, der mit dem Inhaber einer ähnlich lautenden Firma vereinbart hat, daß dieser seine Firma ändere, kann nicht auf Grund des § 16 die Eintragung herbeiführen (D. 31).

III. **Aufhebung der Entscheidung, auf Grund deren die Eintragung erfolgt ist (Abs. 1 Satz 2).** In diesem Fall genügt die Anmeldung eines einzigen Beteiligten, auch des Unterlegenen. Die Aufhebung einer Entscheidung liegt im Sinne des Abs. 1 Satz 2 auch in der Aufhebung nur der vorläufigen Vollstreckbarkeit.

IV. **Feststellung der Unzulässigkeit einer Eintragung.** Der § 16 Abs. 2 bezieht sich nur auf bevorstehende, nicht auf bereits erfolgte Eintragungen. Anwendungsfälle sind z. B., wenn das Prozeßgericht die Eintragung einer unbefugt geführten Firma (§ 37 Abs. 2) oder eines von einem Aktionär angefochtenen Generalversammlungsbeschlusses (§ 271, D. 152) verbietet. Im Gegensatz zu den Fällen des Abs. 1 ist in den Fällen des Abs. 2 auch der Widerspruch eines bei der Vornahme der Anmeldung nicht beteiligten Dritten zu berücksichtigen (D. 31).

V. **Eingreifen des Prozeßgerichts in die Registerführung in anderen als den in § 16 behandelten Fällen.**

a. **Verhältnis des Prozeßgerichts zum Registergericht.** Soweit die Voraussetzungen des § 16 nicht vorliegen, bleibt — wie früher nach dem ADH. — zweifelhaft, inwieweit der Registerrichter einer Entscheidung des Prozeßgerichts Folge geben muß. Die Entscheidung des Prozeßgerichts schafft in der Regel nur Recht zwischen den Parteien, bindet aber nicht unmittelbar den Registerrichter (D. 29, KGJ. 4 36). Falls eine Anmeldung seitens des Verpflichteten nicht nach CPO. § 894 (für Eintragungen in das Schiffsregister CPO. § 895) als erfolgt gilt, muß sie erst besonders erzwungen werden. In allen Fällen hat aber der Registerrichter dann noch zu prüfen, ob die so ergänzte Anmeldung zur Eintragung genügt, oder ob Bestimmungen des öffentlichen Rechts oder Rechte Dritter entgegenstehen (§ 12 VIa 4; ebenso Staub Anm. 1; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 3). Daher ist auch eine Entscheidung des Prozeßgerichts, welche den Widerspruch einer Partei gegen die beabsichtigte Eintragung für unbegründet erklärt, für das Registergericht nicht bindend; auf diesem Weg könnten sonst durch Einverständnis der Parteien unzulässige Eintragungen herbeigeführt werden (D. 31). Dagegen muß das Prozeßgericht auch außerhalb der Fälle des § 16 auf Grund der allgemeinen Vorschrift der §§ 935, 940, 938 CPO. für befugt erachtet werden zum Erlaß einstweiliger Verfügungen auch mit Bezug auf Eintragungen im Handelsregister. Bei dem Erlaß einstweiliger Verfügungen hat das Gericht die Stellung der vorbeugenden Polizei und ist nicht durch die Anträge der Parteien gebunden; das öffentliche Interesse ist daher hierbei in der Hand des Prozeßgerichts ebenso sicher gewahrt, wie in derjenigen des Registergerichts, und da das Registergericht einstweilige Verfügungen nicht erlassen kann, so würde die gegenteilige Ansicht zu dem unzweckmäßigen Ergebnis führen, daß eine Vorbeugung auf diesem Gebiet überhaupt abgeschnitten wird. Über Anordnung von Vorbemerkungen s. § 12 Anm. Vc. Über Herbeischaffung der für eine erzwingbare Eintragung etwa erforderlichen öffentlichen Urkunden vgl. CPO. § 896. Die Eintragung des mittels einstweiliger Verfügung an einen Gesellschafter erlassenen Verbots fernerer Geschäftsführung ist nach OLG. Dresden 16 X 00 OLGRspr. 3 21, weil keine Vollzugshandlung enthaltend, nicht an die Frist der CPO. § 929 Abs. 2 gebunden.

b. **Einwirkung des Prozeßgerichts auf die für die Registerführung erforderlichen Parteierklärungen.** Die Verurteilung zur Abgabe einer Erklärung ersetzt die Erklärung (CPO. § 894). Zulässig ist auch eine Klage auf Einwilligung in eine wegen Unzulässigkeit der Ein-

tragung von Amts wegen zu bewirkende Löschung; der so Verurteilte verliert das Recht des Widerspruchs gegen eine solche Löschung (OLG. Kiel 8 II 02 OLGRspr. 6 38).

VI. **Aussetzung der Entscheidung des Registergerichts bis zur Entscheidung des Prozeßgerichts.** Hierüber bestimmt FGG. § 127.

Anhang zum zweiten Abschnitt.

Auszug aus dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 (RGBl. 771).

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften.

Anwendungsgebiet.

§ 1. Für diejenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind, gelten, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, die nachstehenden allgemeinen Vorschriften.

Rechtshilfe.

§ 2. Die Gerichte haben sich Rechtshülfe zu leisten. Die §§ 158 bis 169 des Gerichtsverfassungsgesetzes finden Anwendung.

Die §§ 158—169 GVG. betreffen das Verfahren bei Rechtshilfe. Ob Rechtshilfe für Beurkundung von Anmeldungen zum Handelsregister nachgesucht werden darf, vgl. HGB. § 12 Anm Ib 2β.

Wohnsitz der Exterritorialen und der Beamten im Ausland.

§ 3. Soweit für die örtliche Zuständigkeit der Gerichte der Wohnsitz eines Betheiligten maßgebend ist, bestimmt sich für Deutsche, die das Recht der Exterritorialität genießen, sowie für Beamte des Reichs oder eines Bundesstaats, die im Ausland angestellt sind, der Wohnsitz nach den Vorschriften des § 15 der Civilprozeßordnung.

Mehrere zuständige Gerichte.

§ 4. Unter mehreren zuständigen Gerichten gebührt demjenigen der Vorzug, welches zuerst in der Sache thätig geworden ist.

Streit oder Ungewifsheit über Zuständigkeit.

§ 5. Besteht Streit oder Ungewißheit darüber, welches von mehreren Gerichten örtlich zuständig ist, so wird das zuständige Gericht durch das gemeinschaftliche obere Gericht bestimmt. Ist das zuständige Gericht in einem einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert, so erfolgt die Bestimmung durch das ihm im Instanzenzuge vorgeordnete Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt.

Ausschliefsung eines Richters.

§ 6. Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen:

1. in Sachen, in denen er selbst betheiligt ist oder in denen er zu einem Betheiligten in dem Verhältniss eines Mitberechtigten oder Mitverpflichteten steht;
2. in Sachen seiner Ehefrau, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
3. in Sachen einer Person, mit der er in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist;
4. in Sachen, in denen er als Vertreter eines Betheiligten bestellt oder als gesetzlicher Vertreter eines solchen aufzutreten berechtigt ist.

Ein Richter kann sich der Ausübung seines Amtes wegen Befangenheit enthalten. Die Ablehnung eines Richters ist ausgeschlossen.

Handlungen eines örtlich unzuständigen Gerichts oder eines ausgeschlossenen Richters.

§ 7. Gerichtliche Handlungen sind nicht aus dem Grunde unwirksam, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht oder von einem Richter vorgenommen sind, der von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist.

Gerichtssprache, Sitzungspolizei, Beratung, Abstimmung.

§ 8. Auf das gerichtliche Verfahren finden die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Gerichtssprache, über die Sitzungspolizei und über die Berathung und Abstimmung entsprechende Anwendung, die Vorschriften über die Gerichtssprache mit den sich aus dem §. 9 ergebenden Abweichungen.

Dolmetscher.

§ 9. Der Zuziehung eines Dolmetschers bedarf es nicht, wenn der Richter der Sprache, in der sich die betheiligten Personen erklären, mächtig ist; die Beeidigung des Dolmetschers ist nicht erforderlich, wenn die betheiligten Personen darauf verzichten. Auf den Dolmetscher finden die Vorschriften des §. 6 entsprechende Anwendung.

Gerichtsferien.

§ 10. Auf das gerichtliche Verfahren sind die Gerichtsferien ohne Einfluss. Die Bearbeitung der Vormundschaftssachen und der Nachlaßsachen kann während der Ferien unterbleiben, soweit das Bedürfniss einer Beschleunigung nicht vorhanden ist.

Form der Anträge und Erklärungen.

§ 11. Anträge und Erklärungen können zum Protokolle des Gerichtsschreibers des zuständigen Gerichts oder des Gerichtsschreibers eines Amtsgerichts erfolgen.

Für Anmeldungen und Zeichnungen zum Handelsregister gilt nicht § 11, sondern der engere § 128 FGG.

Ermittelung und Beweiserhebung von Amts wegen.

§ 12. Das Gericht hat von Amtswegen die zur Feststellung der Thatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen.

Die Vorschrift des § 12 ist anwendbar auch auf das Verfahren vor dem Registergericht (KG. 5 X 03 EntschFG. 4 30 KGJ. 27 A 59 OLGRspr. 8 244). Zwar setzt das erste Einschreiten im Ordnungsstrafverfahren vorherige glaubhafte Kenntnis voraus (FGG. § 132); hat aber das Einschreiten begonnen, so kommt nunmehr wieder § 12 zur Anwendung; das Gericht hat, soweit erforderlich zur Feststellung der für die Entscheidung erheblichen Tatsachen, insbesondere zur Aufklärung hervorgetretener Widersprüche, weitere Ermittlungen zu veranstalten (KG. 5 X 03 EntschFG. 4 30 KGJ. 27 A 60 OLGRspr. 8 244).

Beistände. Bevollmächtigte.

§ 13. Die Betheiligten können mit Beiständen erscheinen. Sie können sich, soweit nicht das Gericht das persönliche Erscheinen anordnet, auch durch Bevollmächtigte vertreten lassen. Die Bevollmächtigten haben auf Anordnung des Gerichts oder auf Verlangen eines Betheiligten die Bevollmächtigung durch eine öffentlich beglaubigte Vollmacht nachzuweisen.

Armenrecht.

§ 14. Die Vorschriften der Civilprozessordnung über das Armenrecht sowie die Vorschriften der §§. 34 bis 36 der Rechtsanwaltsordnung finden entsprechende Anwendung.

Die §§ 34—36 RAO. betreffen die Beiordnung eines Rechtsanwalts im Fall der Bewilligung des Armenrechts.

Beweis. Glaubhaftmachung. Eidesabnahme.

§ 15. Die Vorschriften der Civilprozessordnung über den Zeugenbeweis, über den Beweis durch Sachverständige und über das Verfahren bei der Abnahme von Eiden finden entsprechende Anwendung. Ueber die Beeidigung eines Zeugen oder Sachverständigen

entscheidet jedoch, unbeschadet der §§. 393, 402 der Civilprozessordnung, das Ermessen des Gerichts.

Behufs der Glaubhaftmachung einer thatsächlichen Behauptung kann ein Betheiligter zur Versicherung an Eidesstatt zugelassen werden.

Die §§ 393, 402 CPO. bestimmen, in welchen Fällen Zeugen und Sachverständige unbeeidigt zu vernehmen sind.

Bekanntmachung gerichtlicher Verfügungen.

§ 16. Gerichtliche Verfügungen werden mit der Bekanntmachung an denjenigen, für welchen sie ihrem Inhalte nach bestimmt sind, wirksam.

Die Bekanntmachung erfolgt, wenn mit ihr der Lauf einer Frist beginnt, durch Zustellung nach den für die Zustellung von Amtswegen geltenden Vorschriften der Civilprozessordnung; durch die Landesjustizverwaltung kann jedoch für Zustellungen im Ausland eine einfachere Art der Zustellung angeordnet werden. In denjenigen Fällen, in welchen mit der Bekanntmachung nicht der Lauf einer Frist beginnt, soll in den Akten vermerkt werden, in welcher Weise, an welchem Orte und an welchem Tage die Bekanntmachung zur Ausführung gebracht ist; durch die Landesjustizverwaltung kann näher bestimmt werden, in welcher Weise in diesen Fällen die Bekanntmachung zur Ausführung gebracht werden soll.

Einem Anwesenden kann die Verfügung zu Protokoll bekannt gemacht werden. Auf Verlangen ist ihm eine Abschrift der Verfügung zu ertheilen.

Fristen.

§ 17. Für die Berechnung der Fristen gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Fällt das Ende der Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist mit dem Ablaufe des nächstfolgenden Werktags.

Änderung einer erlassenen Verfügung.

§ 18. Erachtet das Gericht eine von ihm erlassene Verfügung nachträglich für ungerechtfertigt, so ist es berechtigt, sie zu ändern; soweit eine Verfügung nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, darf die Aenderung nur auf Antrag erfolgen.

Zu der Aenderung einer Verfügung, die der sofortigen Beschwerde unterliegt, ist das Gericht nicht befugt.

Sonderbestimmungen über Löschung unzulässiger Eintragungen enthalten die §§ 142—144, 147 FGG.

Beschwerde.

§ 19. Gegen die Verfügungen des Gerichts erster Instanz findet das Rechtsmittel der Beschwerde statt.

Ueber die Beschwerde entscheidet das Landgericht.

Keine Beschwerde ist zulässig gegen den vorläufigen Bescheid, den das Registergericht auf die Anfrage erteilt, ob Bedenken gegen eine künftig etwa zu beantragende Eintragung vorliegen (KG. 5 I 03 KGJ. 25 A 247).

Beschwerdeberechtigter.

§ 20. Die Beschwerde steht jedem zu, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist.

Soweit eine Verfügung nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, steht die Beschwerde nur dem Antragsteller zu.

Eine Beeinträchtigung nur des Interesses ohne Beeinträchtigung eines Rechts genügt nicht (KG. 11 IV 04 KGJ. 28 A 40 OLGRspr. 9 241); unerheblich dagegen ist, ob das beeinträchtigte Recht dem bürgerlichen oder dem öffentlichen Recht angehört (KG. 9 VII 04 OLGRspr. 9 248). Die Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen, z. B. Innungen, haben nicht die öffentlich-

rechtliche Befugnis, darüber zu wachen, daß das Handelsregister dem Gesetz entspricht; sie haben daher als solche kein Beschwerderecht gegen die Eintragung eines Firmenzusatzes (RG. 10 XII 00 EntschFG. 2 18 KGJ 21 A 246; über das Beschwerderecht der Organe des Handelsstandes vgl. § 126). — Auch ein mangels sachlicher Zuständigkeit des Gerichts unwirksamer Beschluß kann als ein Recht beeinträchtigend mit Beschwerde angegriffen werden (KG. 8 II 04 EntschFG. 4 146 KGJ. 27 A 225). Die unzulässige Eintragung einer Grundkapitalserhöhung beeinträchtigt das Recht eines jeden der alten Aktionäre (KG. 28 XI 04 KGJ. 28 A 231). Gegen gerichtliche Bestellung von Liquidatoren eines Vereins ist der Verein und sind die durch den Gerichtsbeschluß aus ihrem Amt gedrängten Vorstandsmitglieder beschwerdeberechtigt, nicht aber jedes Vereinsmitglied (KG. 22 XII 02 OLGRspr. 6 344); gegen gerichtliche Bestellung von Liquidatoren einer AG. sind nicht beschwerdeberechtigt einzelne Aufsichtsratsmitglieder oder einzelne Aktionäre (§ 295 Anm. II b).

Einlegung.

§ 21. Die Beschwerde kann bei dem Gerichte, dessen Verfügung angefochten wird, oder bei dem Beschwerdegericht eingelegt werden.

Die Einlegung erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers desjenigen Gerichts, dessen Verfügung angefochten wird, oder des Gerichtsschreibers des Beschwerdegerichts.

Sofortige Beschwerde.

§ 22. Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Frist von zwei Wochen einzulegen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem die Verfügung dem Beschwerdeführer bekannt gemacht worden ist.

Einem Beschwerdeführer, der ohne sein Verschulden verhindert war, die Frist einzuhalten, ist auf Antrag von dem Beschwerdegerichte die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen, wenn er die Beschwerde binnen zwei Wochen nach der Beseitigung des Hindernisses einlegt und die Thatsachen, welche die Wiedereinsetzung begründen, glaubhaft macht. Eine Versäumung der Frist, die in dem Verschulden eines Vertreters ihren Grund hat, wird als eine unverschuldete nicht angesehen. Gegen die Entscheidung über den Antrag findet die sofortige weitere Beschwerde statt. Nach dem Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Frist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden.

Begründung der Beschwerde.

§ 23. Die Beschwerde kann auf neue Thatsachen und Beweise gestützt werden.

Vollziehung trotz Beschwerde.

§ 24. Die Beschwerde hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie gegen eine Verfügung gerichtet ist, durch die eine Strafe festgesetzt wird.

Das Gericht, dessen Verfügung angefochten wird, kann anordnen, dass die Vollziehung auszusetzen ist.

Das Beschwerdegericht kann vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen; es kann insbesondere anordnen, dass die Vollziehung der angefochtenen Verfügung auszusetzen ist.

Entscheidung des Beschwerdegerichts.

§ 25. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist mit Gründen zu versehen.

Wirksamkeit der Entscheidung des Beschwerdegerichts.

§ 26. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts wird in den Fällen, in welchen die sofortige weitere Beschwerde stattfindet, erst mit der Rechtskraft wirksam. Das Beschwerdegericht kann jedoch die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung anordnen.

Weitere Beschwerde.

§ 27. Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig, wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Die Vorschriften der §§. 550, 551, 561, 563 der Civilprozessordnung finden entsprechende Anwendung.

Die angeführten §§ 550, 551, 561, 563 CPO. betreffen das Verfahren bei Revision. Die Fassung des G. 5 VI 05 ist maßgebend (G. 5 VI 05 Art. II). Da die Vf. d. Pr. JM. über Führung des Handelsregisters Rechtsverordnung, so kann die weitere Beschwerde auf einen Verstoß gegen diese Vf. gestützt werden (KG. 9 II 05 OLGRspr. 10 332). Für die weitere Beschwerde sind die in der angefochtenen Entscheidung festgestellten Tatsachen maßgebend und können daneben nur die in CPO. § 554 Nr. 2, 3 bezeichneten Tatsachen berücksichtigt werden (ObLG. München 12 IV 02 OLGRspr. 5 282).

Zuständigkeit bei weiterer Beschwerde.

§ 28. Ueber die weitere Beschwerde entscheidet das Oberlandesgericht.

Will das Oberlandesgericht bei der Auslegung einer reichsgesetzlichen Vorschrift, welche eine der im §. 1 bezeichneten Angelegenheiten betrifft, von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts, falls aber über die Rechtsfrage bereits eine Entscheidung des Reichsgerichts ergangen ist, von dieser abweichen, so hat es die weitere Beschwerde unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Reichsgerichte vorzulegen. Der Beschluss über die Vorlegung ist dem Beschwerdeführer bekannt zu machen.

In den Fällen des Abs. 2 entscheidet über die weitere Beschwerde das Reichsgericht.

Gegen Nichtvorlegung seitens des Oberlandesgerichts an das Reichsgericht ist keine Beschwerde an letzteres zulässig (RG. 48 15). — Über die Kosten im Fall des § 28 Abs. 2 vgl. G. 17 V 98 (RGBl. 252) Art. IV. — In Preußen ist nach Pr. FGG. 21 IX 99 (GS. 249) Art. 7 das Kammergericht zuständig für die Entscheidung über das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde, kann jedoch, wenn die Entscheidung von der Auslegung eines im Bezirk des Kammergerichts nicht geltenden Gesetzes abhängt, die weitere Beschwerde dem Oberlandesgericht überweisen, zu dessen Bezirk das Landgericht gehört, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat.

Einlegung der weiteren Beschwerde. Sofortige weitere Beschwerde.

§ 29. Die weitere Beschwerde kann bei dem Gericht erster Instanz, bei dem Landgericht oder bei dem Oberlandesgericht eingelegt werden. Erfolgt die Einlegung durch Einreichung einer Beschwerdeschrift, so muss diese von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Der Zuziehung eines Rechtsanwalts bedarf es nicht, wenn die Beschwerde von einer Behörde oder von einem Notar eingelegt wird, der in der Angelegenheit für den Beschwerdeführer einen Antrag bei dem Gericht erster Instanz gestellt hat.

Soweit eine Verfügung der sofortigen Beschwerde unterliegt, findet auch gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts die sofortige weitere Beschwerde statt.

Das Gericht erster Instanz und das Landgericht sind nicht befugt, der weiteren Beschwerde abzuhelfen.

Im Uebrigen finden die Vorschriften über die Beschwerde entsprechende Anwendung.

Zuständigkeit bei Beschwerde.

§ 30. Die Entscheidungen über Beschwerden erfolgen bei den Landgerichten durch eine Civilkammer, bei den Oberlandesgerichten und bei dem Reichsgerichte durch einen Civilsenat. Ist bei einem Landgericht eine Kammer für Handelssachen gebildet, so tritt für Handelssachen diese Kammer an die Stelle der Civilkammer.

Die Vorschriften des §. 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes finden entsprechende Anwendung.

Zu den Handelssachen gehören die Beschwerden gegen die bei Führung des Handelsregisters ergangenen Entscheidungen des Registergerichts; entscheidet die Zivilkammer statt der Kammer für Handelssachen, so ist der Beschluß nach § 27 Abs. 2 FGG., § 551 Nr. 4 CPO. aufzuheben und die Sache an die zuständige Kammer für Handelssachen zurückzuweisen (KG. 25 VI 00 EntschFG. 1 85 KGJ. 20 A 123 OLGRspr. 1 286 JMBl. 627, RG. 48 28; dagegen OLG. Stuttgart 27 IV 00 OLGRspr. 1 57). Nichthandelssachen sind die Vereinsregistersachen (KG. 24 X 04 OLGRspr. 10 324). — Handelsrichter sind nicht schon darum, weil sie Mitglieder der Handelskammer sind, kraft Gesetzes von der Mitwirkung ausgeschlossen, wenn die Handelskammer Beschwerdeführerin oder sonst beteiligt ist (KG. 29 V 01 EntschFG. 2 174 KGJ. 22 A 14).

Der § 137 GVG. betrifft die Herbeiführung einer Entscheidung der vereinigten Zivilsenate, der vereinigten Strafsenate oder des Plenum beim Reichsgericht.

Rechtskraftzeugnis.

§ 31. Zeugnisse über die Rechtskraft einer Verfügung sind von dem Gerichtsschreiber erster Instanz zu ertheilen.

Einflufslosigkeit der Aufhebung gewisser Verfügungen auf inzwischen vorgenommene Rechtsgeschäfte.

§ 32. Ist eine Verfügung, durch die jemand die Fähigkeit oder die Befugniss zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt, ungerechtfertigt, so hat, sofern nicht die Verfügung wegen Mangels der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts unwirksam ist, die Aufhebung der Verfügung auf die Wirksamkeit der inzwischen von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluss.

Ordnungsstrafe.

§ 33. Soll in den gesetzlich zugelassenen Fällen jemand durch Ordnungsstrafen zur Befolgung einer gerichtlichen Anordnung angehalten werden, so muss der Festsetzung der Strafe eine Androhung vorausgehen. Die einzelne Strafe darf den Betrag von dreihundert Mark nicht übersteigen.

Vgl. §§ 132 ff. FGG., §§ 14, 37 HGB.

Gerichtsakten, Einsicht und Abschriften.

§ 34. Die Einsicht der Gerichtsakten kann jedem insoweit gestattet werden, als er ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht. Das Gleiche gilt von der Ertheilung einer Abschrift; die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen.

Vgl. HGB. § 9 Anm. I, II.

Siebenter Abschnitt.

Handelssachen.

I. Führung des Handelsregisters.

a. Zuständige Behörden.

Registergericht.

§ 125. Für die Führung des Handelsregisters sind die Amtsgerichte zuständig.

Durch Anordnung der Landesjustizverwaltung kann die Führung des Registers für mehrere Amtsgerichtsbezirke einem Amtsgericht übertragen werden.

Vgl. HGB. § 8 Anm. I.

Mitwirkung der Organe des Handelsstandes.

§ 126. Die Organe des Handelsstandes sind verpflichtet, die Registergerichte behufs der Verhütung unrichtiger Eintragungen sowie behufs der Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters zu unterstützen; sie sind berechtigt, Anträge zu diesem Zwecke bei den Registergerichten zu stellen und gegen Verfügungen, durch die über solche Anträge entschieden wird, das Rechtsmittel der Beschwerde zu erheben.

Die näheren Bestimmungen werden von den Landesregierungen getroffen.

Über das Rechtsmittel der Beschwerde ist Genaueres bestimmt in FGG. §§ 19 ff.

Der § 126 schränkt das in § 20 vorgesehene Beschwerderecht jedes Beeinträchtigten nicht ein, sondern dehnt es auf die Organe des Handelsstandes aus (KG. 29 VI 03 KGJ. 26 A 216 OLGRspr. 7 344). Die letzteren sind aber, auch wenn ihr Recht durch die gerichtliche Verfügung beeinträchtigt ist, nicht in allen Fällen berechtigt, Beschwerde zu erheben, sondern nur wenn durch die Verfügung über einen von dem Organ des Handelsstandes gestellten Antrag entschieden

ist (KG. 16 V 04 EntschFG. 4 207 KGJ 28 A 207 OLGRspr. 9 368). Das Recht zur Beschwerde schließt das Recht zur weiteren Beschwerde ein, sei es, daß der Antrag in den beiden ersten Instanzen, sei es, daß er erst in zweiter Instanz zurückgewiesen worden ist (KG. 16 V 04 EntschFG. 4 208 KGJ. 28 A 207).

Für Preußen vgl. gemeinschaftliche Verfügung dreier Minister 16 XI 99 (JMBl. 347): „Für die Entscheidung über die Anträge, welche von den Handelskammern und von den im § 44 des Gesetzes über die Handelskammern vom 24 II 70/19 VIII 97 (GS. 97 355) bezeichneten kaufmännischen Korporationen bei den Registergerichten gemäß § 126 FGG. gestellt werden, sind Gerichtskosten nicht zu erheben. Wird eine auf Grund des § 126 erhobene Beschwerde zurückgewiesen, so sind keine Gebühren, sondern nur Auslagen zu erfordern." Die Handelskammer hat jedoch Schreib- und Postgebühren zu tragen für die auf ihren Antrag erteilten Abschriften von Eintragungen (KG. 28 XI 04 OLGRspr. 10 325).

Vorherige Entscheidung des Prozefsgerichts.

§ 127. Das Registergericht kann, wenn eine von ihm zu erlassende Verfügung von der Beurtheilung eines streitigen Rechtsverhältnisses abhängig ist, die Verfügung aussetzen, bis über das Verhältniss im Wege des Rechtsstreits entschieden ist. Es kann, wenn der Rechtsstreit nicht anhängig ist, einem der Betheiligten eine Frist zur Erhebung der Klage bestimmen.

Auch das Landgericht, sowohl im Fall der §§ 142 ff. wie auch im Beschwerdeverfahren, kann aussetzen (KG. 4 I 05 OLGRspr. 10 328). Aussetzung ist nur zulässig, wenn zu der förmlichen Streitigkeit des Rechtsverhältnisses erhebliche sachliche Zweifel hinzukommen und wenn durch Nichtaussetzung wesentliche Interessen berührt würden (KG. 18 III 01 KGJ. 21 A 243). Andererseits ist das Registergericht nicht schon dadurch zu sofortiger sachlicher Stellungnahme gezwungen, daß auch die Aussetzung wesentliche Interessen berührt (dagegen KG. 18 III 01 KGJ. 21 A 244); in solchen Fällen darf vielmehr das Registergericht dem Prozeßgericht die Regelung durch einstweilige Verfügung überlassen (vgl. HGB. § 16 Anm. II).

b. Anmeldung, Eintragung, Bekanntmachung.

Anmeldung und Zeichnung vor Gerichtsschreiber.

§ 128. Die Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister sowie die zur Aufbewahrung bei dem Gerichte bestimmten Zeichnungen von Unterschriften können zum Protokolle des Gerichtsschreibers des Registergerichts erfolgen.

Vgl. HGB. § 12 Anm. I a 2.

Eintragungsantrag des amtenden Notars.

§ 129. Ist die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung von einem Notar beurkundet oder beglaubigt, so gilt dieser als ermächtigt, im Namen des zur Anmeldung Verpflichteten die Eintragung zu beantragen. Die Vorschriften des §. 124 finden entsprechende Anwendung.

> § 124. Bei der Einlegung der weiteren Beschwerde durch Einreichung einer Beschwerdeschrift bedarf es der Zuziehung eines Rechtsanwalts nicht, wenn die Beschwerde von dem Notar eingelegt wird, der die zu der Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet oder beglaubigt und im Namen eines Antragsberechtigten den Eintragungsantrag gestellt hat. Die Vorschrift des §. 29 Abs. 1 Satz 3 bleibt unberührt.

Eintragung. Bekanntmachung.

§ 130. Jede Eintragung soll den Tag, an welchem sie erfolgt ist, angeben und mit der Unterschrift des zuständigen Beamten versehen werden.

Jede Eintragung soll demjenigen, welcher sie beantragt hat, bekannt gemacht werden. Auf die Bekanntmachung kann verzichtet werden.

Über die Art der Bekanntmachung bestimmt § 16 FGG. — Ob der Richter oder der Ge-

richtsschreiber Registerführer ist, hat die Landesgesetzgebung (§ 200) zu bestimmen. In Preußen hat nach Vf. d. JM. 7 XI 99 §§ 2, 3, 5 der Richter die Eintragungen zu verfügen und dafür, daß die Eintragungen erfolgen, zu sorgen, der Gerichtsschreiber hat die Eintragungen zu bewirken und die verfügten Bekanntmachungen herbeizuführen.

Zweigniederlassung und Register der Hauptniederlassung.

§ 131. Die Eintragung einer Zweigniederlassung ist von Amtswegen dem Registergerichte der Hauptniederlassung mitzutheilen und in dessen Register zu vermerken. Das Gleiche gilt, wenn die Zweigniederlassung aufgehoben wird.

Vgl. HGB. § 13 Anm. II c 2.

c. Ordnungsstrafverfahren.

Erstes Einschreiten.

§ 132. Sobald das Registergericht von einem sein Einschreiten nach den §§. 14, 319 und dem §. 325 Nr. 9 des Handelsgesetzbuchs rechtfertigenden Sachverhalte glaubhafte Kenntniss erhält, hat es dem Betheiligten unter Androhung einer Ordnungsstrafe aufzugeben, innerhalb einer bestimmten Frist seiner gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen oder die Unterlassung mittelst Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen.

Die Beschwerde gegen diese Verfügung ist unzulässig.

Straffestsetzung vor Androhung ist unzulässig (§ 33 FGG.). Über die Art der Mitteilung dieser Verfügung FGG. § 16. Über die Höhe der Ordnungsstrafe § 33 FGG. §§ 14, 37 HGB. Über die Berechnung der Frist § 17 FGG.

Ob das Verfahren gegen die Gesellschaftsbehörde, oder ob es gegen deren Mitglieder zu richten ist, vgl. HGB. § 319 Anm. II c. Über Ermittlungen von Amts wegen vgl. FGG. § 12. Besonderheiten bei Einschreiten wegen widerrechtlichen Firmengebrauchs vgl. FGG. § 140. — Die Berichtigung der eingetragenen unrichtigen Standesbezeichnung eines Firmeninhabers kann nicht im Weg des Ordnungsstrafverfahrens erzwungen werden (KG. 28 IX 03 KGBl. 102).

Die Bestimmung des Abs. 2, daß Beschwerde unzulässig sei, ist ausdehnend auf alle vor dem Erlaß der sachlichen Entscheidung (§ 135) liegenden, förmlich zulässigen Verfügungen oder Beschlüsse im Ordnungsstrafverfahren zu beziehen (KG. 22 IV 01 EntschFG. 2 129 KGJ. 22 A 10 OLGRspr. 3 312). Auch auf den infolge Beschwerde ergangenen Beschluß des Landgerichts, durch den angeordnet wird, daß das Amtsgericht gemäß § 132 Abs. 1 einschreiten solle (KG. 2 V 04 OLGRspr. 9 365).

Gegen den Beschluß, durch den das Amtsgericht ein Einschreiten überhaupt ablehnt, ist Beschwerde zulässig; hält das Beschwerdegericht die Ablehnung für ungerechtfertigt, so kann es doch nicht unmittelbar die Vornahme der Eintragung, sondern nur die Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens anordnen (KG. 2 VII 00 OLGRspr. 1 356). Der Beschluß, durch den das Amtsgericht ein Einschreiten ablehnt, ist in Preußen nach landesgesetzlicher Vorschrift (Vf. d. JM. 7 XI 99 § 4) mit Gründen zu versehen (KG. 5 X 03 EntschFG. 4 29 KGJ. 27 A 57 OLGRspr. 8 243).

Straffestsetzung und erneute Androhung.

§ 133. Wird innerhalb der bestimmten Frist weder der gesetzlichen Verpflichtung genügt, noch Einspruch erhoben, so ist die angedrohte Strafe festzusetzen und zugleich die frühere Verfügung unter Androhung einer erneuten Ordnungsstrafe zu wiederholen.

In gleicher Weise ist fortzufahren, bis der gesetzlichen Verpflichtung genügt oder Einspruch erhoben wird.

Für den Einspruch ist keine Form vorgeschrieben. — Wird der erhobene Einspruch zurückgenommen, so ist die Sache so anzusehen, als sei Einspruch nicht eingelegt; daher ist nunmehr die Strafe festzusetzen, wenn innerhalb der früher gestellten Frist nicht der gesetzlichen Verpflichtung genügt war (KG. 8 VII 01 OLGRspr. 5 275).

Selbst dann ist die Strafe festzusetzen, wenn das Verlangen des Registergerichts ungerechtfertigt, aber Einspruch nicht eingelegt worden war (KG. 8 VII 01 OLGRspr. 5 276). Indessen ist das Registergericht berechtigt, seine ungerechtfertigte Verfügung zu ändern (FGG. § 18) und

so auch die Strafandrohung zu beseitigen; geschieht dies, so kann keine Straffestsetzung erfolgen. Die Festsetzung ist auch dann gültig erfolgt, wenn nach Fristablauf aber vor Zustellung des die Strafe festsetzenden Beschlusses derjenige, gegen den das Verfahren sich richtet, der zu erzwingenden gesetzlichen Verpflichtung genügt (KG. 8 VI 03 KGJ. 26 A 76).

Verhandlung nach Einspruch.

§ 134. Wird rechtzeitig Einspruch erhoben, so hat das Gericht, wenn sich der Einspruch nicht ohne Weiteres als begründet ergiebt, zur Erörterung der Sache den Betheiligten zu einem Termine zu laden.

Das Gericht kann, auch wenn der Betheiligte nicht erscheint, nach Lage der Sache entscheiden.

Gibt der Aufgeforderte zu erkennen, daß er den gegen die Verfügung zulässigen Rechtsbehelf ergreifen will, bezeichnet er aber seine Eingabe fälschlich als „Beschwerde", so ist sie dennoch als „Einspruch" zu behandeln (KG. 12 X 03 OLGRspr. 7 346). Die erheblichen Tatsachen sind von Amts wegen durch Ermittlungen und Beweiserhebungen festzustellen (§ 12 FGG.). Die Verhandlung ist nicht öffentlich. Erscheint der Beteiligte nicht, so kann nicht lediglich wegen des *Nichterscheinens* gegen ihn entschieden werden (Goldmann § 14 Anm. 2 III; dagegen Staub § 14 Anm. 7).

Hebt das Registergericht, weil es den Einspruch als ohne weiteres begründet erachtet, ohne vorherige Terminsanberaumung seine Verfügung auf, so steht jedem hierdurch Beeinträchtigten die *einfache* Beschwerde zu (FGG. § 20 Abs. 1). Auch dem Antragsteller, wenn in seiner Person die Voraussetzungen des FGG. § 20 Abs. 1 vorliegen (abweichend Staub § 14 Anm. 7). Wird dann auf Beschwerde die Aufhebungsverfügung des Registergerichts aufgehoben und die Sache an das Registergericht zurückverwiesen, so hat nunmehr dies Gericht Termin gemäß § 134 anzuberaumen und zu entscheiden (KG. 22 IV 01 EntschFG. 2 128 KGJ. 22 A 10 OLGRspr. 3 311). Gegen die Verfügung des Beschwerdegerichts im vorerwähnten Fall ist weitere Beschwerde nicht zulässig (KG. 22 IV 01 EntschFG. 2 129 KGJ. 22 A 11 OLGRspr. 3 312). Das erstinstanzliche Gericht, an das die Sache so zurückgewiesen war, ist bei der nunmehr gemäß § 135 zu treffenden Entscheidung nicht an die im zurückverweisenden Beschluß des Beschwerdegerichts enthaltenen Gründe gebunden und darf von neuem den Einspruch für begründet erklären (KG. 29 VI 03 KGJ. 26 A 217 OLGRspr. 7 344).

Kommt der Beteiligte der Aufforderung, seine Firma anzumelden, nach, lehnt nun der Registerrichter die Eintragung der so angemeldeten Firma als einer unzulässigen ab, und ergreift der Beteiligte gegen diese Ablehnung ein Rechtsmittel, so ist dieses im Zweifel nicht als Einspruch gegen die Aufforderung, sondern als Beschwerde gegen die Ablehnung der beantragten Eintragung zu behandeln (KG. 14 XII 03 EntschFG. 4 106 KGJ. 27 A 218). Ohne Einlegung eines Einspruchs gegen die straffestsetzende Verfügung kann sofortige Beschwerde mit der Begründung eingelegt werden, daß inzwischen der gesetzlichen Verpflichtung genügt ist, die Versäumung der vom Registergericht gesetzten Frist aber unverschuldet war (KG. 8 VI 03 KGJ. 26 A 76).

Entscheidung über den Einspruch.

§ 135. Wird der Einspruch für begründet erachtet, so ist die erlassene Verfügung aufzuheben.

Anderenfalls hat das Gericht den Einspruch zu verwerfen und die angedrohte Strafe festzusetzen. Das Gericht kann, wenn die Umstände es rechtfertigen, von der Festsetzung einer Strafe absehen oder eine geringere als die angedrohte Strafe festsetzen.

Im Falle der Verwerfung des Einspruchs hat das Gericht zugleich eine erneute Verfügung nach §. 132 zu erlassen. Die in dieser Verfügung bestimmte Frist beginnt mit dem Eintritte der Rechtskraft der Verwerfung des Einspruchs.

Über die Berechnung der Frist bestimmt § 17 FGG. — Die Festsetzung der Strafe hat sogleich in dem den Einspruch verwerfenden Beschluß stattzufinden; ist dies unterlassen, so kann es in besonderem Beschluß nachgeholt werden (KG. 28 XII 03 KGJ. 27 A 73 OLGRspr. 8 376).

Einspruch gegen erneute Androhung.

§ 136. Wird im Falle des §. 133 gegen die wiederholte Verfügung Einspruch erhoben und dieser für begründet erachtet, so kann das Gericht, wenn die Umstände es rechtfertigen, zugleich die früher festgesetzte Strafe aufheben oder an deren Stelle eine geringere Strafe festsetzen.

Wiedereinsetzung in vorigen Stand.

§ 137. Gegen die Versäumung der Einspruchsfrist ist auf Antrag nach Massgabe des §. 22 Abs. 2 die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen.

Kostenentscheidung.

§ 138. Bei der Festsetzung der Ordnungsstrafe ist der Betheiligte zugleich in die Kosten des Verfahrens zu verurtheilen.

Abgesehen von vorstehender Bestimmung und § 152 (Kosten von Abschriften der Dispache) ist die Regelung der Kostenpflicht der Landesgesetzgebung (§ 200) überlassen. Über die Kosten bei Anträgen oder Beschwerden von Organen des Handelsstandes in Preußen vgl. zu FGG. § 126.

Sofortige Beschwerde.

§ 139. Gegen den Beschluss, durch welchen die Ordnungsstrafe festgesetzt oder der Einspruch verworfen wird, findet die sofortige Beschwerde statt.

Ist die Strafe nach Massgabe des §. 133 festgesetzt, so kann die Beschwerde nicht darauf gestützt werden, dass die Verfügung, durch welche die Strafe angedroht worden ist, nicht gerechtfertigt gewesen sei.

Über das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde §§ 22, 29 Abs. 2 FGG. Die hier geordnete sofortige Beschwerde steht demjenigen zu, gegen den das Ordnungsstrafverfahren gerichtet ist. Gegen den Beschluß, durch den nach Terminsanberaumung der Einspruch für begründet erachtet wird (§ 135 Abs. 1), steht jedem hierdurch Beeinträchtigten die einfache Beschwerde zu (FGG. § 20 Abs. 1; nach früherem Recht KGJ. 18 14); auch dem Antragsteller, wenn in seiner Person die Voraussetzungen des FGG. § 20 Abs. 1 vorliegen (abweichend Staub § 14 Anm. 7). Hat das Amtsgericht gemäß § 135 den Einspruch für begründet erachtet und seine Verfügung aufgehoben, so muß, falls das mittels Beschwerde angerufene obere Gericht die Entscheidung des Amtsgerichts ändern will, dies obere Gericht nunmehr den Einspruch verwerfen und entweder die angedrohte oder eine geringere oder keine Strafe bestimmen, es darf aber nicht sich auf Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses beschränken und das Amtsgericht zu erneuter Strafandrohung anweisen (KG. 29 V 01 EntschFG. 2 174 KGJ. 22 A 15, 29 VI 03 KGJ. 26 A 217 OLGRspr. 7 344). — Über die Rechtsmittel gegen den Beschluß, durch den das Registergericht vor Terminsanberaumung den Einspruch für begründet erklärt, vgl. zu FGG. § 134.

Will das Beschwerdegericht den Einspruch verwerfen, so darf es seine Entscheidung nicht ohne vorherige Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung treffen (vgl. KG. 29 VI 03 KGJ. 26 A 217 OLGRspr. 7 344).

Besonderheiten bei widerrechtlichem Firmengebrauch.

§ 140. Soll nach §. 37 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs gegen eine Person eingeschritten werden, die eine ihr nicht zustehende Firma gebraucht, so finden die Vorschriften der §§. 132 bis 139 mit der Massgabe Anwendung, dass

1. in der nach §. 132 zu erlassenden Verfügung dem Betheiligten aufgegeben wird, sich des Gebrauchs der Firma zu enthalten oder binnen bestimmter Frist den Gebrauch der Firma mittelst Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen;
2. die Ordnungsstrafe festgesetzt wird, falls kein Einspruch erhoben oder der erhobene Einspruch rechtskräftig verworfen ist und der Betheiligte nach der Bekanntmachung der Verfügung dieser zuwidergehandelt hat.

Die Androhung muß genau den gesetzlichen Vorschriften entsprechen; abweichend von § 132 FGG. muß nicht erst von bestimmter Frist, sondern von sofort an das Enthalten vom Gebrauch aufgegeben, und es muß eine bestimmte Frist für den Einspruch festgesetzt werden (KG. 30 VI 02

OLGRspr. 5 274). Doch kann, statt allgemein der Gebrauch, ein bestimmter einzelner Gebrauch, z. B. ein Gebrauch auf dem Firmenschild — als das mindere — untersagt werden. Andererseits kann nicht eine bestimmte Art der Abstellung des Gebrauchs, z. B. nicht die Beseitigung des Firmenschilds, aufgegeben werden (KG. 30 VI 02 OLGRspr. 5 274). Nicht kann im Verfahren des § 140 eine Änderung oder Löschung der Firma (KG. 1 II 03 OLGRspr. 6 339) oder der Gebrauch einzelner zur Firma gehörender Worte (KG. 2 III 03 OLGRspr. 6 341) aufgegeben werden. Die Ordnungsstrafe darf erst festgesetzt werden, wenn nach Bekanntmachung der Verfügung von neuem zuwidergehandelt ist (KG. 1 II 03 OLGRspr. 6 339, 2 III 03 OLGRspr. 6 341).

d. Löschung von Amts wegen.

Erloschene Firma.

§ 141. Soll nach §. 31 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs das Erlöschen einer Firma von Amtswegen in das Handelsregister eingetrageu werden, so hat das Registergericht den eingetragenen Inhaber der Firma oder dessen Rechtsnachfolger von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen. Die Frist darf nicht weniger als drei Monate betragen.

Sind die bezeichneten Personen oder deren Aufenthalt nicht bekannt, so erfolgt die Benachrichtigung und die Bestimmung der Frist durch Einrückung in diejenigen Blätter, welche für die Bekanntmachungen der Eintragungen in das Handelsregister bestimmt sind. Es kann angeordnet werden, dass die Bekanntmachung noch in andere Blätter eingerückt wird.

Wird Widerspruch erhoben, so entscheidet über ihn das Gericht. Gegen die den Widerspruch zurückweisende Verfügung findet die sofortige Beschwerde statt.

Die Löschung darf nur erfolgen, wenn Widerspruch nicht erhoben oder wenn die den Widerspruch zurückweisende Verfügung rechtskräftig geworden ist.

Vgl. EGHGB. Art. 8 Nr. 1.

Unzulässige Eintragung.

§ 142. Ist eine Eintragung in das Handelsregister bewirkt, obgleich sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, so kann das Registergericht sie von Amtswegen löschen. Die Löschung geschieht durch Eintragung eines Vermerkes.

Das Gericht hat den Betheiligten von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen.

Auf das weitere Verfahren finden die Vorschriften des §. 141 Abs. 3, 4 Anwendung.

Die §§ 142—144 enthalten eine Beschränkung der Regel des § 18 FGG. zugunsten der im Handelsregister Eingetragenen (KG. 18 IV 04 EntschFG. 4 164 KGJ. 27 A 236 OLGRspr. 9 265, 28 XI 04 KGJ. 28 A 230). Das Gericht ist nicht verpflichtet, sondern nur nach freiem Ermessen berechtigt, zu löschen (ObLG. München 6 VIII 02 OLGRspr. 5 446). Ein Grund, eine zulässige Löschung zu unterlassen, kann z. B. daraus entnommen werden, daß die Veröffentlichung der Löschung erhebliche geschäftliche Nachteile für den Firmeninhaber zur Folge haben würde (ObLG. München 6 VIII 02 OLGRspr. 5 446). Die §§ 142, 143 sind außer in dem durch § 144 geregelten Sonderfall auch anwendbar auf AG., KAG. und GmbH. (KG. 18 IV 04 EntschFG. 4 164 KGJ. 27 A 235 OLGRspr. 9 264). Die §§ 142 ff. sind auch anwendbar, wenn ein Unbeteiligter oder ein nicht beschwerdeberechtigter Beteiligter die Löschung anregt (KG. 9 V 04 KGJ. 28 A 60, 9 VII 04 KGBl. 84 OLGRspr. 9 248). Wird ein solcher Antrag gestellt, so muß der Registerrichter ihn sachlich prüfen (OLG. Hamburg 6 XI 03 OLGRspr. 8 241). Die §§ 142 ff. setzen nicht bloß voraus, daß die Eintragung wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, sondern auch, daß dieser Mangel nicht inzwischen behoben ist (KG. 28 XI 04 KGJ. 28 A 239). War die Eintragung zwar ursprünglich unzulässig, hat sich aber demnächst die Sachlage, auf welche die Eintragung verweist, so geändert, daß die Eintragung den richtigen Ausdruck dieser nachträglich entstandenen Sachlage bildet, so bildet nunmehr der ursprüngliche Formmangel keinen genügenden Grund mehr zu einer Löschung von

Amts wegen (KG. 27 VI 04 KGJ. 28 A 43 OLGRspr. 9 258). Ebenso, wenn ursprünglich eine wesentliche Voraussetzung der Eintragung (z. B. die Erklärung des § 195 Abs. 3 HGB.) fehlte, inzwischen aber nachgebracht worden ist (KG. 28 XI 04 KGJ. 28 A 239). — Regt ein durch die Eintragung in seinen Rechten beeinträchtigter Dritter oder das zur Vertretung des Handelsstandes berufene Organ die Löschung an, so ist gegen eine abweisende Verfügung einfache Beschwerde zulässig (KG. 2 II 03 OLGRspr. 7 211).

Löschungsverfügung des vorgesetzten Landgerichts.

§ 143. Die Löschung einer Eintragung kann gemäss den Vorschriften des §. 142 auch von dem Landgerichte verfügt werden, welches dem Registergericht im Instanzenzuge vorgeordnet ist. Die Vorschrift des §. 30 Abs. 1 Satz 2 findet Anwendung.

Gegen die einen Widerspruch zurückweisende Verfügung des Landgerichts findet die sofortige Beschwerde an das Oberlandesgericht mit der Massgabe statt, dass die Vorschriften des §. 28 Abs. 2, 3 zur entsprechenden Anwendung kommen. Die weitere Beschwerde ist ausgeschlossen.

Über die sofortige Beschwerde § 22 FGG. Gegen einen Beschluß des Amtsgerichts, durch den dieses ablehnt, von Amts wegen eine angeregte Löschung zu bewirken, steht dem Antragsteller Beschwerde nur zu, wenn die Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 vorliegen (KG. 11 IV 04 KGJ. 28 A 40 OLGRspr. 9 241, 28 XI 04 KGJ. 28 A 231), also nur einfache, nicht sofortige Beschwerde (ObLG. München 6 VIII 02 OLGRspr. 5 446). Liegen jene Voraussetzungen nicht vor, so kann die Beschwerde als eine Anregung zu einer durch das Landgericht von Amts wegen vorzunehmenden Löschung aufgefaßt werden; das Landgericht hat dann gemäß § 142 Abs. 2 zu verfahren (KG. 11 IV 04 KGJ. 28 A 40, 28 XI 04 KGJ. 28 A 233). Indessen führt ein Verstoß gegen das Verfahren nur dann zur Aufhebung der Entscheidung, wenn letztere auf dem Verstoß beruht (FGG. § 27, KG. 11 IV 04 KGJ. 28 A 41 OLGRspr. 9 242, 15 X 04 KGJ. 28 A 218). Das gemäß § 143 entscheidende Landgericht entscheidet als Gericht erster Instanz; seine Entscheidung ist in solchen Fällen als eine erstinstanzliche zu behandeln, wenngleich sie nach ihrem Wortlaut sich als eine auf „Beschwerde" ergangene Entscheidung ausgibt (KG. 28 XI 04 KGJ. 28 A 233). Soweit nicht § 143 Abs. 2 eingreift, also falls das Landgericht die Anregung, von Amts wegen zu löschen, zurückweist, findet einfache Beschwerde nach § 19 Abs. 1 statt, und zwar an das Oberlandesgericht bzw. in Preußen Kammergericht (KG. 28 XI 04 KGJ. 28 A 233). — Einen Ausspruch, daß die Löschung nicht stattfinden solle, kann das Landgericht nie von Amts wegen, sondern nur auf Grund einer Beschwerde tun (RG. 48 18).

Besonderheiten bei Löschung nichtiger Errichtung oder nichtigen Versammlungsbeschlusses einer AG., KAG., GmbH.

§ 144. Eine in das Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien kann gemäss den Vorschriften der §§. 142, 143 als nichtig gelöscht werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach den §§. 309, 310 des Handelsgesetzbuchs die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann. Das Gleiche gilt für eine in das Handelsregister eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach den §§. 75, 76 des Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann.

Ein in das Handelsregister eingetragener Beschluss der Generalversammlung oder Versammlung der Gesellschafter einer der im Abs. 1 bezeichneten Gesellschaften kann gemäss den Vorschriften der §§. 142, 143 als nichtig gelöscht werden, wenn er durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint.

In den Fällen der Abs. 1, 2 soll die nach §. 142 Abs. 2 zu bestimmende Frist mindestens drei Monate betragen.

Die in Abs. 1 erwähnten §§ 75, 76 GmbHG. sind die gemäß EGHGB. Art. 11 Nr. 21 eingeschobenen §§ 75a, 76b. — Über die Berechnung der Frist § 17 FGG. — Soll eine AG.

KAG. oder GmbH. als nichtig gelöscht werden, so ist in Preußen nach Vf. d. JM. 7 XI 99 § 34 in der nach FGG. §§ 142 Abs. 2, 144 Abs. 1 ergehenden Benachrichtigung, sofern der Mangel bis zur Löschung geheilt werden kann, auf diese Möglichkeit ausdrücklich hinzuweisen.

II. Sonstige im HGB. dem Gericht zugewiesene Angelegenheiten (außer Dispache).

Zuständiges Gericht.

§ 145. Die Amtsgerichte sind zuständig für die nach §. 146 Abs. 2, §. 147, §. 157 Abs. 2, §. 166 Abs. 3, §. 192 Abs. 3, §. 254 Abs. 3, §. 266 Abs. 2, §. 268 Abs. 2, §. 295 Abs. 2, 3, §. 302 Abs. 2 bis 4, §. 338 Abs. 3, §. 524 Abs. 1, 2, §. 530 Abs. 1, §§. 590, 685, §. 729 Abs. 1, §. 884 Nr. 4 des Handelsgesetzbuchs von dem Gerichte zu erledigenden Angelegenheiten.

Ist die Führung des Handelsregisters für mehrere Amtsgerichtsbezirke einem Amtsgericht übertragen worden, so gehören zur Zuständigkeit dieses Amtsgerichts auch die im Abs. 1 bezeichneten Angelegenheiten, mit Ausnahme derjenigen Geschäfte, welche den Gerichten nach §. 524 Abs. 1, 2, §. 530 Abs. 1, §§. 590, 685, §. 729 Abs. 1, §. 884 Nr. 4 des Handelsgesetzbuchs obliegen.

Es betreffen: § 146 Abs. 2, § 147, § 295 Abs. 2, 3, § 302 Abs. 4 (vgl. § 331 Abs. 2) Ernennung und Abberufung von Liquidatoren; § 192 Abs. 3, § 266 Abs. 2 Ernennung von Revisoren; § 268 Abs. 2 Bestellung von Vertretern auf Antrag der Minderheit zwecks Verfolgung von Gründungsansprüchen; § 729 Abs. 1 Ernennung von Dispacheuren; § 884 Ziff. 4 Ernennung von Sachverständigen für Schadensabschätzung bei Seeversicherung; § 254 Abs. 3 Ermächtigung zur Berufung der Generalversammlung oder zur Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung; § 157 Abs. 2, § 302 Abs. 2 Bestimmung des Aufbewahrens von Büchern und Papieren einer aufgelösten Gesellschaft; § 166 Abs. 3, § 302 Abs. 3, § 338 Abs. 3 Anordnung der Mitteilung von Bilanz und Aufklärungen und Vorlegung von Büchern, Papieren; § 524 Abs. 1, 2 Verklarung; § 530 Abs. 1, § 685 Feststellung der Notwendigkeit zu Verkauf oder Verbodmung des Schiffs durch den Schiffer; § 590 Feststellung des Spätestzeitpunkts der Abreise eines auf Stückgüter angelegten Schiffs.

Der § 145 ist entsprechend anzuwenden auch auf den Fall des § 194: Entscheidung über Meinungsverschiedenheiten zwischen Gründern und Gründungsrevisoren bezüglich des Umfangs der von ersteren zu gewährenden Aufklärungen und Nachweise, und Festsetzung der zu erstattenden Auslagen und der Vergütung für die Tätigkeit dieser Revisoren. Ob das Verfahren des § 145 anwendbar ist auf Festsetzung der Gebühren ernannter Liquidatoren oder gemäß Minderheitsantrag ernannter Revisoren, vgl. HGB. § 146 Anm. III a 4, § 266 Anm. II b. In welchem Verfahren nach Ausscheiden des Kommanditisten oder stillen Gesellschafters dessen etwaiges Recht aus §§ 166 Abs. 3, 338 Abs. 3 geltend zu machen ist, vgl. § 166 Anm. II. Ob im Fall des § 47 ein Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit zulässig, vgl. § 47 Anm. III.

Verfahren.

§ 146. Soweit in den im §. 145 bezeichneten Angelegenheiten ein Gegner des Antragstellers vorhanden ist, hat ihn das Gericht wenn thunlich zu hören.

Gegen die Verfügung, durch welche über den Antrag entschieden wird, findet die sofortige Beschwerde statt.

Eine Anfechtung der Verfügung, durch welche einem nach §. 524 Abs. 1, 2, §. 530 Abs. 1, §. 685, §. 729 Abs. 1, §. 884 Nr. 4 des Handelsgesetzbuchs gestellten Antrage stattgegeben wird, ist ausgeschlossen.

Über die sofortige Beschwerde FGG. §§ 22, 29 Abs. 2. Ein Unterlassen des Hörens ist nur dann Aufhebungsgrund, wenn hierauf die Entscheidung beruht (FGG. § 27, KG. 15 X 04 KGJ. 28 A 218).

III. Angelegenheiten der Genossenschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Binnenschiffahrt, Flöfserei.

Genossenschaftsregister.

§ 147. Die Vorschriften der §§. 127 bis 131, 142, 143 finden auf die Eintragungen in das Genossenschaftsregister entsprechende Anwendung.

Eine in das Genossenschaftsregister eingetragene Genossenschaft kann gemäss den Vorschriften der §§. 142, 143 als nichtig gelöscht werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach den §§. 94, 95 des Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann.

Ein in das Genossenschaftsregister eingetragener Beschluss der Generalversammlung einer Genossenschaft kann gemäss den Vorschriften der §§. 142, 143 als nichtig gelöscht werden, wenn er durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint.

In den Fällen der Abs. 2, 3 soll die nach §. 142 Abs. 2 zu bestimmende Frist mindestens drei Monate betragen.

Die in Abs. 2 erwähnten §§ 94, 95 GenG. sind die gemäß EGHGB. Art. 10 Nr. X eingeschobenen §§ 90a, 90b. — Der Abs. 3 setzt voraus, daß ein ungültiger Beschluß eingetragen ist (OLG. Rostock 23 VI 04 EntschFG. 4 215). — Über die Berechnung der Frist § 17 FGG. — Die Anwendbarkeit der in § 147 FGG. nicht erwähnten §§ 132ff. FGG. in Genossenschaftssachen ist vorgeschrieben in GenG. § 160 Abs. 2. — Regt ein Genosse Löschung eines Vermerks über den Zeitpunkt seines Austritts an, so ist die Genossenschaft als Beteiligte (§ 142 Abs. 2) zu behandeln (KG. 9 V 04 KGJ. 28 A 60).

Sonstige dem Gericht zugewiesene Angelegenheiten.

§ 148. Die Vorschriften des §. 146 Abs. 1, 2 finden auf die nach §. 45 Abs. 3, §. 61, §. 83 Abs. 3, 4, §. 93 des Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, und nach §. 66 Abs. 2, 3, §. 74 des Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, von dem Registergerichte zu erledigenden Angelegenheiten Anwendung.

Gegen die Verfügung, durch welche der im §. 11 des Gesetzes, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt, oder der im §. 8 des Gesetzes, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Flösserei, bezeichnete Antrag auf Beweisaufnahme oder der im §. 87 Abs. 2 des ersteren Gesetzes bezeichnete Antrag auf Bestellung eines Dispacheurs zurückgewiesen wird, findet die sofortige Beschwerde statt. Eine Anfechtung der Verfügung, durch welche einem solchen Antrage stattgegeben wird, ist ausgeschlossen.

Über die sofortige Beschwerde §§ 22, 29 Abs. 2. Der § 148 Abs. 2 Satz 2 schließt nicht die nachträgliche Aufhebung der Verfügung durch das verfügende Gericht gemäß § 18 Abs. 1 aus (KG. 19 XII 04 OLGRspr. 10 348).

IV. Dispache bei See- und Binnenschiffahrt.

Die hierüber handelnden §§ 149—158 sind abgedruckt zu HGB. § 729.

Elfter Abschnitt.

Schlußbestimmungen.

. . . .

Landesgesetzliche Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften.

§ 200. Durch Landesgesetz können Vorschriften zur Ergänzung und Ausführung dieses Gesetzes, mit Einschluss der erforderlichen Uebergangsvorschriften, auch insoweit erlassen werden, als dieses Gesetz Vorbehalte für die Landesgesetzgebung nicht enthält.

Soweit durch Landesgesetz allgemeine Vorschriften über die Errichtung gerichtlicher

oder notarieller Urkunden erlassen werden, ist ein Verstoss gegen eine solche Vorschrift, unbeschadet der Vorschriften über die Folgen des Mangels der sachlichen Zuständigkeit, ohne Einfluss auf die Gültigkeit der Beurkundung.

Dritter Abschnitt.

Handelsfirma.

I. Begriff der Firma (§ 17).

§ 17.

Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt.

Ein Kaufmann kann unter seiner Firma klagen und verklagt werden.

ADH. Art. 15. **Entw. I** § 16. **Entw. II** § 17.

I. Verhältnis zum früheren Recht.
II. Eingetragene und nichteingetragene Firma.
III. Firma.
a. Unterschied von Geschäftsbezeichnung.
b. Rechtliche Bedeutung.
c. Mehrere Firmen eines Kaufmanns.
d. Im Rechtsstreit.
e. Im Grundbuch.
f. Bei Verträgen.

I. **Verhältnis zum früheren Recht.** Die ältere Gesetzgebung in Preußen regelte dies Gebiet nur unvollständig. Das ALR. enthielt in den §§ 504ff., 620ff. u. 777 T. II Tit. 8 nur wenige Bestimmungen über das Firmenwesen, und das Rheinische HGB. erwähnte nur Firmen der Gesellschaften. — Der § 17 Abs. 1 ist fast wörtlich gleichlautend mit Art. 15 ADH. Der § 17 Abs. 2 ist neu hinzugefügt zur Beseitigung einer Streitfrage, die vom Preußischen Obertribunal (Str. **58** 159, **63** 86) und vom ROH. (**3** 410, **10** 411, **14** 307, **23** 101) schon früher in gleichem Sinn entschieden worden war. — Der Antrag, nur Firmenbezeichnungen in deutscher Sprache zuzulassen, wurde abgelehnt (§ 18 Anm. Ib).

II. **Wirkung der Eintragung auf die Anwendbarkeit der Bestimmungen des HGB. über Firmen.**

a. **Eingetragene Firma.** Nach § 5 besteht zugunsten desjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, die Unterstellung, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe ein an sich firmenfähiges Handelsgewerbe ist. Eine weitergehende Wirkung der Eintragung besteht nicht, da im übrigen die Regel der nur erklärenden Wirkung der Eintragungen Platz greift (§ 15 Anm. IIc). Mithin kann trotz der Eintragung eingewendet werden (§ 5 Anm. IIc), daß der Firmenführende nicht zur Führung dieser Firma berechtigt sei, oder daß er (z. B. wegen Rechtsunfähigkeit oder wegen Geschäftsunfähigkeit bei mangelnder Vertretung) überhaupt nicht zur Firmenführung aus Gründen, die in seiner Person liegen, befugt sei, oder daß die Firma eine aus förmlichen Gründen unzulässige sei (RG. **41** 22), oder endlich, daß die Firma trotz Nichtlöschung im Handelsregister aufgegeben (RG. **22** 60) und daher durch Nichtgebrauch das Firmenrecht erloschen sei (RG. **29** 69). Auch die Unterstellung des § 5 gilt aber nur bezüglich der privatrechtlichen Verhältnisse (§ 5 Anm. IIb 2); mithin kann trotz des § 17 Abs. 2 selbst gegenüber der Klage einer eingetragenen Firma oder gegenüber der Klage gegen eine eingetragene Firma der Richter (nicht die Gegenpartei), wenn besondere Gründe zum Zweifel vorliegen, den Nachweis fordern, daß die klagende bzw. beklagte Firma die Firma eines Vollkaufmanns ist; denn anderenfalls würde ihr die Prozeßfähigkeit mangeln (CPO. § 56). — Die Eintragung einer Firma bewirkt nicht die Schaffung einer öffentlichen Beglaubigung für die Berechtigung des eingetragenen Inhabers zur Führung jener Firma (RG. **25** 5). Ob die Eintragung eine durch Gegenbeweis entkräftbare Vermutung für diese Berechtigung schafft, vgl. § 15 Anm. IIIa 1. — In einigen anderen Gesetzen sind der Eintragung einer Firma noch andere besondere Wirkungen beigelegt: Das

Abzahlungsgesetz findet keine Anwendung wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist (G. 16 V 94 § 8 RGBl. 451); mit einigen Ausnahmen nur eingetragene Kaufleute wählen zur Handelskammer (Preuß. G. $\frac{24\ \text{II}\ 70,\ \text{GS.}\ 134}{19\ \text{VIII}\ 97,\ \text{GS.}\ 355}$, § 3; vgl. auch § 7 betreffend Wählbarkeit); nur wer als Kaufmann oder Vorstand einer AG., als Geschäftsführer einer GmbH. oder als Vorstand einer sonstigen juristischen Person eingetragen ist oder war, kann zum Handelsrichter ernannt werden (§ 113 GVG. Fassung des G. 20 III 05); nicht anwendbar auf den Geschäftsverkehr zwischen eingetragenen Kaufleuten sind die Bestimmungen des Wuchergesetzes Art. 4, wonach wer aus dem Betrieb von Geld- oder Kreditgeschäften ein Gewerbe macht, die Rechnung des Geschäftsjahres für jeden Schuldner aus diesem Betrieb abzuschließen und binnen drei Monaten nach Schluß des Geschäftsjahrs ihm einen schriftlichen Auszug mitzuteilen hat, der außer dem Ergebnis auch erkennen läßt, wie solches erwachsen ist (WuchG. 24 V 80/19 VI 93 Art. 4 Abs. 3 Nr. 3).

b. **Nichteingetragene Firma.** Ein nichteingetragener Handelsname ist nur dann eine „Firma" im Sinn des HGB., wenn es die Firma eines nach § 1 als Vollhandelsgewerbe eintragungsfähigen Betriebes ist. Daß sie in diesem Fall trotz Nichteintragung eine „Firma" ist, folgt aus dem Grundsatz der nur erklärenden Wirkung der Eintragung (§ 15 Anm. II a, ROH. 3 414, RG. 14 19, KGJ. 5 24). Dagegen ist ein nichteingetragener Handelsname keine „Firma" im Sinn des HGB., wenn ein nach § 2 oder § 3 eintragungsfähiger Betrieb oder der Betrieb eines Minderkaufmanns (§ 4) vorliegt; dies folgt aus dem Wortlaut des § 2 und (KGJ. 5 25) aus § 4 Abs. 1. Ebensowenig die firmenartige Bezeichnung, die ein Nichtkaufmann gebraucht (KG. 6 IV 04 OLGRspr. 9 370). Auf solche Firmen, die nicht Firmen im Sinn des HGB. sind, finden dessen Vorschriften über Firmen keine Anwendung. Die Begriffsbestimmung in § 17 ist mithin, da sie durch § 4 Abs. 1 eingeengt wird, dahin zu beschränken: „Die Firma ist der Name, unter dem ein Vollkaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt." — Auch der Absatz 2 des § 17 findet nur auf Firmen von Vollkaufleuten unmittelbare Anwendung. Ob entsprechende Anwendung auf Handelsnamen von Minderkaufleuten zulässig, vgl. unten Anm. III d. — In demselben beschränkten Sinn ist die Erwähnung der „Firma" in WarenZG. §§ 13, 14, UnlWG. § 8 zu verstehen. — Diejenigen nichteingetragenen Firmen, die nicht Firmen im Sinn des HGB. sind, genießen einen Schutz nur, soweit sie mit dem Namen übereinstimmen (BGB. § 12, WarenZG. § 14, UnlWG. § 8, HGB. § 37 Anm. III b 1), sonst nur als „besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines Unternehmens" gemäß UnlWG. § 8, unter Umständen auch gemäß WarenZG. § 15. Sie können ohne die im HGB. vorgesehenen Beschränkungen im Privatverkehr geführt und veräußert werden, können jedoch (eine wirtschaftlich unerwünschte Folge; vgl. H. Makower, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines HGB. S. 7) seitens des Erwerbers nur dann zur Eintragung gebracht werden, wenn in seiner Person die Vorschriften des HGB. über die Form der entstehenden Firmen erfüllt sind (KGJ. 13 24, OLG. Stuttgart 31 XII 00 OLGRspr. 2 144, KG. 6 IV 04 OLGRspr. 9 370). Es ist wohl nicht mit dem RG. 9 105 anzunehmen, daß ein Gewerbetreibender sich nur solcher Bezeichnungen bedienen dürfe, die im Gesetz besonders zugelassen sind; vielmehr erscheint umgekehrt jeder berechtigt, sich auf jede Weise zu bezeichnen, außer soweit ein ausdrückliches gesetzliches Verbot entgegensteht. — Ein vor der Zivilkammer eines Landgerichts Beklagter, der nicht im Handelsregister eingetragen ist, kann nicht einen Antrag auf Verweisung vor die Kammer für Handelssachen darauf stützen, daß er Kaufmann sei (GVG. § 104).

c. **Gelöschte Firma.** Die gelöschte Firma eines Vollkaufmanns gemäß § 1 bleibt trotz der Löschung und sogar trotz der etwaigen Erklärung des Berechtigten, sie sei erloschen, eine „Firma" im Sinn des HGB., solange nicht der unter der Firma erfolgende Gewerbebetrieb eingestellt wird (ROH. 10 292); es ist ein Fall einer nichteingetragenen Firma (oben Anm. II b). Über die Wirkung der Löschung in den Fällen der §§ 2—4 vgl. § 5 Anm. III.

III. **Firma.**

a. **Unterschied der Firma von Geschäftsbezeichnungen.** Die Firma ist nach § 17 derjenige Name, unter dem der Kaufmann nicht nur Handel treibt, sondern mit dem er auch unter-

schreibt. Nun ist zwar das Unterschreiben mit der Firma üblich; in Ausnahmefällen kommt es jedoch vor, daß die Firma zwar im Geschäftsbetrieb gebraucht (§ 37 Anm. Ib), daß aber dennoch nicht mit ihr unterschrieben wird. Hierdurch hört sie nicht auf, eine Firma zu sein. Die Firma ist zu unterscheiden von bloßen Geschäftsbezeichnungen, obgleich die Grenze schwer zu ziehen ist. Die Geschäftsbezeichnung dient — im Unterschied zu dem gewöhnlich vorhandenen Merkmal der Firma — nicht als Unterschrift des Firmeninhabers (andernfalls ist sie Firma). Sie besteht meist neben der Firma und unterscheidet sich von den gewöhnlichen Firmen auch ihrem Inhalt nach dadurch, daß sie keine Namen gegenwärtiger oder früherer Inhaber enthält. Sie gleicht insofern den Zusätzen zur Firma (§ 18 Abs. 2), nur daß sie nicht wie jene Zusätze Teil der Firma wird. Solche Geschäftsbezeichnungen sind, soweit das Merkmal des Unterschreibens nicht eintrifft, z. B. die Bezeichnungen der Wirts- und Gasthäuser, der Apotheken, der Kaufhäuser. Über den Verkehr mit diesen Geschäftsbezeichnungen und ihren Schutz gilt dasselbe wie bezüglich der nichteingetragenen Firmen, die nicht Firmen im Sinn des HGB. sind (oben Anm. IIb). Vgl. auch RG. 9 106. Über die Frage, ob Geschäftsbezeichnungen als Zusätze in die Firma aufgenommen werden können, s. Literatur zusammengestellt in KGJ. 10 16.

b. **Rechtliche Bedeutung der Firma.**

1. Handelsname. Der Inhalt des § 17 Abs. 1 wird auch kürzer dahin ausgedrückt: „Die Firma ist der Handelsname des Kaufmanns" (P. 34). Die Firma ist, wie der Name, eine rein äußerliche, tatsächliche Bezeichnung, sie ist nicht etwa die Vertreterin einer besonderen, aus der betreffenden Vermögensmasse bestehenden juristischen Person, sie bildet oder vertritt keinerlei Rechtspersönlichkeit neben dem Geschäftsinhaber oder außerhalb desselben (ROH. 3 411). Sie ist kein Sachname (ROH. 2 50), nicht der Name des Geschäfts (RG. 46 152, RGSt. 23 349). Die Firma ist daher namentlich auch nicht an Beibehaltung des ursprünglichen Handelszweiges gebunden (RGSt. 23 350). Sie kann, trotzdem sie selbständigen Wert hat, nicht selbständig fortbestehen (RG. 29 69). Da die Firma losgelöst von dem Gewerbetreibenden nicht bestehen kann, so ist unzulässig, daß jemand eine Firma (z. B. in der Absicht, sie später zu veräußern, oder in der Absicht, auch ohne Veräußerung seine Firma für den Geschäftsbetrieb eines anderen herzugeben) eintragen läßt, ohne selbst das Geschäft unter jener Firma zu betreiben (RG. 3 120, 25 1). Nicht die sprachliche Bedeutung, sondern die äußere Form ist das für die Firma Wesentliche; „Meyer frères" ist daher eine andere Firma als „Gebrüder Meyer" (OLG. Kolmar 2 VII 02 OLGRspr. 5 274). — Firmen offener Handelsgesellschaften, die aus Sach- und Namensbezeichnungen zusammengesetzt sind, entsprechen insbesondere bezüglich der Namensbezeichnung den Namen von Einzelkaufleuten, während die Sachbezeichnung verhältnismäßig unerheblich ist (RG. 47 167).

2. Abgabe von Erklärungen. Der Geschäftsinhaber (gleichgültig, ob er als solcher dem Erklärungsempfänger bekannt ist, ROH. 17 239) wird durch Erklärungen, die er (oder ein von ihm Ermächtigter, ROH. 5 265) unter seiner Firma abgibt, gebunden. Der Gebrauch der Firma bildet aber nur eine Möglichkeit, wie der Geschäftsinhaber sich bezeichnen kann. Steht fest, daß er in der Tat sich bezeichnen wollte, so kann die Bezeichnung privatrechtlich gültig auch in jeder anderen Weise erfolgen (ROH. 9 215), z. B. durch Gebrauch seines gewöhnlichen Namens (ROH. 22 62, RG. 28 120) oder einer von der eigentlichen Firma abweichenden Geschäftsbezeichnung (OLG. Zweibrücken 18 V 04 OLGRspr. 9 252), durch Gebrauch der Firma in ungenauer Form („Gebr. Reichenheim" statt „Gebrüder Reichenheim", ROH. 16 209; „F. B. & M." statt „B. & M.", RG. 28 120), durch Gebrauch einer nicht als Firma zulässigen Bezeichnung (dahingestellt RG. 41 21; abweichend bei Wechselerklärungen), durch Gebrauch mehrerer Firmen (vgl. unten zu c). Auch ist es für die Frage, ob der eine Firma zeichnende Kaufmann hierdurch berechtigt und verpflichtet wird, gleichgültig, ob er zur Führung der Firma privatrechtlich und öffentlichrechtlich befugt ist oder nicht (ROH. 17 240, 21 29, 22 72, RG. 17 75).

3. Wechselerklärungen insbesondere. Strengere Grundsätze sind angenommen worden für das Gebiet des Wechselrechts (RG. 28 120), weil es hier auf strengere Wahrung der

Formen ankommt und der Verpflichtungswille nur soweit wirksam ist, wie er auf dem Wechsel Ausdruck gefunden hat, nicht aber aus anderen Umständen zu ergänzen ist. So wurde z. B. ein eigener Wechsel für ungültig erachtet, weil als Remittentin „Administration des Kursaals in Wiesbaden" statt „Gesellschaft zum Betriebe der Kur-Etablissements in den Badeorten Wiesbaden und Ems" genannt war (ROH. 9 328). Der Annahmevermerk „Heinr. Bruger in Firma Bruger & Langberg" verpflichtet nicht die Gesellschaftsfirma „Bruger & Langberg" (ROH. 14 201). Der Annahmevermerk „Conrad Garbe" verpflichtet, wenn der Wechsel auf die offene Handelsgesellschaft „Conrad Garbe & Co." gezogen war, weder den Gesellschafter Conrad Garbe noch die Gesellschaft, selbst wenn beabsichtigt war, die Gesellschaft zu verpflichten (ROH. 20 262). Annahme durch Zeichnung „Krebs & Lücke" statt „Internationales Auskunfts-Bureau für Geschäfts- und Kreditverhältnisse Krebs & Lücke" wurde für nicht genügend erklärt (ROH. 12 173). Dagegen genügt, wenn in der Adresse nur „Krebs & Lücke (Hausvogteipl. 5)" genannt und die Annahme mit vollständiger Firma erfolgt ist (ROH. 14 172) oder (mangels besonderer Zweifelsgründe) wenn in Adresse und Akzept der sachliche Firmenteil fortgelassen ist (RG. 1 XI 02 HoldheimsMSchr. 03 47). Ebenso verpflichtet ein Annahmevermerk „Berliner Armee- und Luxus-Waren-Fabrik von J. Robrecht, Kraffert & Komp." die Firma „J. Robrecht, Kraffert & Komp." (Str. 70 362). Das Giro „Eisen- und Stahlwerk Harkorten Gebr. B." genügt, auch wenn die Bezogene ungenau nur als „Eisen- und Stahlwerk Harkorten" bezeichnet ist (RG. 47 157). Der persönlich haftende Gesellschafter „Moritz Auerbach" einer KG. „Papier- und Pappenfabrik Sadowa Moritz Auerbach & Komp." gibt eine verbindliche Wechselzeichnung ab sowohl wenn er dem Stempeldruck der vollen Firma den Namen „Moritz Auerbach", wie auch wenn er dem Stempeldruck „Papier- und Pappenfabrik Sadowa" die Worte „Moritz Auerbach & Komp." handschriftlich hinzufügt (RG. 47 167). — Die Bezeichnung der Gesellschafter einer Gesellschaft, welche nicht Handelsgesellschaft ist, mit einem willkürlichen firmenartigen Namen genügt nicht (ROH. 21 29). Unter „Firma" im Sinn der Wechselordnung wurde nur eine den Gesetzen entsprechende Firma verstanden (RG. 14 19; dahingestellt RG. 41 21). — Gibt ein Gesellschafter, der namens der Gesellschaft ein Darlehn aufnehmen wollte, ein Akzept in gleicher Höhe unter seinem Privatnamen, so folgt hieraus nicht notwendig, daß er schließlich das Darlehn in eigenem Namen und nicht namens der Gesellschaft aufgenommen habe (ROH. 22 62), denn es besteht z. B. die Möglichkeit, daß er durch seine Wechselerklärung nur schnellere Vollstreckung gegen sich als Gesamtschuldner freistellen wollte.

4. Im Konkurs. Nach herrschender Meinung (dagegen § 23 Anm. II b, Kohler, Lehrb. d. Konkursrechts 276) ist die Firma kein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögensstück, wird nicht Teil der Konkursmasse (RG. 9 106) und kann daher von dem das Handelsgeschäft veräußernden Konkursverwalter nur mit Zustimmung des Gemeinschuldners übertragen werden (RG. 58 169). Ihre Übertragung würde dann nicht der Anfechtung im Konkurs oder außerhalb des Konkurses unterliegen (so RG. 2 IV 94 JW. 317[17], 316[18], wo sogar angenommen, daß auch die vom Dritten durch Führung der Firma gezogenen Nutzungen nicht zurückzugewähren sind). Der Gemeinschuldner, nicht der Konkursverwalter, wäre zur Führung eines das Firmenrecht betreffenden Rechtsstreits befugt (so OLG. Colmar 9 VI 93 ZHR. 46 467).

c. **Mehrere Firmen eines Kaufmanns.**

1. Für ein und dieselbe Handelsniederlassung. Die gleichzeitige Führung mehrerer Firmen für ein und dieselbe Handelsniederlassung ist nach herrschender Ansicht unzulässig (Johow 17 6; dagegen Opet ZHR. 49 60). So sowohl beim Einzelkaufmann (OLG. München 10 VI 93 ZHR. 42 500, LG. Frankfurt 15 V 88 ZHR. 37 527), wie auch bei der offenen Handelsgesellschaft (OLG. Stuttgart 27 VI 90 ZHR. 42 500; vgl. KG. 31 X 04 KGJ. 28 A 253 OLGRspr. 10 408) und der Aktiengesellschaft (KG. 20 III 00 KGJ. 20 A 40). Erwirbt jemand, der eine Firma führt, ein fremdes Handelsgeschäft mit der fremden Firma hinzu, und betreibt er die bisher getrennten Geschäfte einheitlich, so kann er für den Gesamtbetrieb wahlweise entweder die alte oder die hinzuerworbene Firma führen (KG. 31

X 04 KGJ. 28 A 253). Dagegen darf er nicht eine neue Firma durch die Verschmelzung der alten und der hinzuerworbenen bilden (dahingestellt RG. 50 120), außer wenn er die Verschmelzungsfirma gemäß §§ 18—20 neu bilden dürfte; denn in Führung der Verschmelzungsfirma liegt nicht eine Fortführung einer der beiden früheren Firmen (§ 22 Anm. IV a).

2. Für verschiedene Handelsniederlassungen in einem Geschäftsbetrieb darf der Kaufmann verschiedene Firmen führen (§§ 50 Abs. 3, 30 Abs. 3, P. 920, KGJ. 12 33, 14 12, 18 26, Bs. d. Pr.JM. 7 XI 99 § 29 Nr. 2, vgl. KGJ. 14 35; dagegen Staub § 30 Anm. 7); namentlich also auch beliebig verschiedene Firmen für Hauptniederlassung und für Zweigniederlassung (§ 30 Anm. III). Dies gilt auch für die Aktiengesellschaft (KG. 20 III 00 KGJ. 20 A 40). Nicht zutreffend ist daher die Annahme (so anscheinend OLG. Dresden 9 X 00 OLGRspr. 25 16 ZHR. 53 181), daß die AG. für Zweigniederlassungen nur einen Firmenzusatz anwenden dürfe, der die Eigenschaft als Zweigniederlassung und die örtliche Beziehung zum Ausdruck bringe. — Umgekehrt ist es auch möglich, daß verschiedene Geschäftsbetriebe, insbesondere auch verschiedene an verschiedenen Orten niedergelassene Gesellschaften (Johow 15 14), dieselbe Firma haben.

3. Für mehrere in ihrem Betrieb voneinander geschiedene Geschäfte, auch wenn am gleichen Ort betrieben, ist die Führung verschiedener Firmen zulässig, wennselbst die mehreren Geschäftsbetriebe dem gleichen Geschäftsherrn gehören (RGSt. 5 408, 23 349, RG. 43 82, KGJ. 17 6; vgl. § 13 Anm. I a, III).

α. Beim Einzelkaufmann können solche mehrere Firmen zwar besondere Vertreter für ihre Geschäftskreise haben und untereinander in das Verhältnis eines Anweisenden zum Anweisungsempfänger treten (ROH. 20 36), bilden aber nicht ebenso viele selbständige Vermögensmassen mit rechtlicher Persönlichkeit (ROH. 24 158). Die Übertragung einer Forderung seitens einer Firma eines Einzelkaufmanns an eine andere Firma desselben ist keine Abtretung, weil kein Vertrag mit einem anderen (BGB. § 398, OLG. Hamburg 25 X 86 ZHR. 34 561). Der Inhaber der Niederlassungen muß die Rechtshandlungen, die er unter der einen Firma vorgenommen hat, auch als Inhaber der anderen Firma vertreten und kann sie nicht als fremde betrachten; die Gläubiger der einen Firma können sich daher auch an das Vermögen der anderen halten (ROH. 15 176, 20 36, OLG. Hamburg 30 IX 89 ZHR. 40 442). Ist nach Konkurseröffnung über das Vermögen eines Einzelkaufmanns ein Zwangsvergleich geschlossen, so ist dieser Vergleich für die Gläubiger aller von dem Kaufmann, wenngleich unter verschiedenen Firmen, betriebenen Geschäfte maßgebend, selbst wenn der Konkurs über das Vermögen des Kaufmanns nur als Inhabers der einen oder der anderen Firma, weil die anderen Firmen unbekannt blieben, eröffnet war (Str. 39 105).

β. Bei Gesellschaften. Während nach Vorstehendem ein Einzelkaufmann immer nur eine Vermögensmasse haben kann, ist es bei Gesellschaften möglich, daß dieselben Personen verschiedene selbständige Gesellschaften bilden (§ 105 Anm. I e 2). Daß es für eine AG., KAG. oder GmbH. unzulässig sei, mehrere Firmen zu führen (so KGJ. 14 36, 16 5, Staub § 22 Anm. 9, dahingestellt für einen rechtsfähigen Verein nach Satzungsänderung KGJ. 17 6), ist nicht zuzugeben (ebenso Hinsberg in HoldheimsMSchr. 97 253, Opet ZHR. 49 66; vgl. ROH. 20 34). Das Gesetz enthält keine Bestimmung, die in dieser Beziehung jene Gesellschaften von den Einzelkaufleuten unterscheidet. Allerdings bleibt, wie beim Einzelkaufmann, auch bei diesen Gesellschaften der Geschäftsherr der mehreren Betriebe ein einheitlicher. Daher sind z. B. bei der AG. Sitz (§ 182 Anm. IV b 2), Vorstand, Aufsichtsrat und Generalversammlung gemeinsam allen Betrieben. Ferner muß bei der AG. die Bilanz, da sie Verteilungsbilanz ist (§ 261 Anm. II), für die mehreren Geschäfte gemeinsam aufgestellt werden, selbst wenn (vgl. § 38 Anm. I a) für den Einzelkaufmann im Gegensatz zur herrschenden Ansicht das Gegenteil für zutreffend zu erachten wäre. Da die Übernahme des zweiten Geschäfts, nicht die Annahme der zweiten Firma, das wirtschaftlich Wesentliche ist, und ersteres jedenfalls erlaubt ist, so ist nicht ersichtlich, wie gerade durch Annahme

einer zweiten Firma die wirtschaftlich sichernden Gründungsvorschriften leichter als sonst umgangen werden sollten. Da die Firma in der Satzung bestimmt ist, so ist allerdings bei Annahme einer zweiten Firma eine Änderung der Satzung in der Regel erforderlich (§ 182 Anm. IV b 1).

d. **Die Firma als Parteibezeichnung im Rechtsstreit.** Über den Rechtsstreit der oHG. vgl. § 124 Anm. II c.

1. Eintritt in den Rechtsstreit. Wird unter einer Firma geklagt oder verklagt, so ist als Kläger bzw. Beklagter derjenige bezeichnet, der zu der Zeit, zu welcher unter der Firma ein Eintritt in den Rechtsstreit erfolgt (also in der Regel bei Zustellung des Zahlungsbefehls oder der Klage oder Geltendmachung der Widerklage in der mündlichen Verhandlung), Inhaber der klagenden bzw. beklagten Firma ist (ROH. 23 101, RG. 6 99, 41 411, 54 17, KG. 3 I 03 KGBl. 46, D. 32). Alles dies auch, wenn die Firmenführung eine unberechtigte war (RG. 54 17), oder wenn es sich um eine ausländische Firma (OLG. Hamburg 24 IX 01 OLGRspr. 3 274) oder um die Firma einer Zweigniederlassung handelt. Ist der so Partei werdende Kaufmann ein anderer als derjenige, welcher das streitige Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, so braucht nicht schon die Klage zu ergeben, sondern es muß erst gegenüber späterem Bestreiten dargetan werden, warum der jetzige Geschäftsinhaber aus dem von dem früheren Inhaber geschlossenen Geschäft berechtigt oder verpflichtet ist (ROH. 23 101, RG. 41 411). „Die Prozeßordnung kennt keinen Paßzwang für das Betreten der Gerichtsschwelle"; wie der unter seinem gewöhnlichen Namen Klagende nicht seine Geburtsurkunde behufs Klagebegründung einzureichen braucht, ebensowenig der unter der Firma Klagende einen Registerauszug; der Klagende gilt zunächst als der, als den er sich vorstellt (RG. 41 410). Um ein Urteil zu erwirken, braucht der Kläger nicht anzugeben, ob die Firma die eines Einzelkaufmanns oder die einer Gesellschaft ist (LG. I Berlin 30 I 04 KGBl. 46). Zunächst kann vielmehr verborgen bleiben, ob die Firma diejenige eines Einzelkaufmanns, einer oHG. oder einer KG. ist (RG. 54 17). Auch ein Einzelkaufmann A kann unter der Parteibezeichnung als Firma mit dem Zusatz: „alleiniger Inhaber A" im Rechtsstreit auftreten (RG. 19 I 05 JW. 158 [48]). Veranlaßt der bisherige Firmeninhaber, noch nachdem der Inhaber der Firma ein anderer geworden ist, die Zustellung einer Klage, in der die Firma als Kläger bezeichnet ist, so ist nicht (was Göppert ZHR. 47 270 und ihm folgend Staub Anm. 15 voraussetzen) eine Klage im eigenen Namen des früheren Firmeninhabers erhoben, sondern es liegt eine Klage vor, die ohne oder mit Auftrag (CPO. § 89) namens des neuen Firmeninhabers erhoben ist; auch in diesem Fall ist daher dafür, wer mittels des Gebrauchs der Firma als Kläger bezeichnet ist, der Zeitpunkt der Klagezustellung maßgebend. — Zulässig bleibt die Einwendung, daß die als Partei bezeichnete Firma überhaupt nicht besteht, z. B. daß sie nie bestanden hat oder daß sie erloschen ist. Über den Fall der ohne Liquidation aufgelösten oHG. vgl. § 158 Anm. II a.

2. Bis zum Urteil. Ergeben sich Zweifel, ob der Firmeninhaber parteifähig oder prozeßfähig, der als gesetzlicher Vertreter des Firmeninhabers Auftretende genügend ausgewiesen oder die etwa erforderliche Ermächtigung zur Prozeßführung vorhanden sei, so kann das Gericht, um dies zu prüfen (CPO. § 56), die Angabe fordern, wer Inhaber der Firma sei. Auch die sachliche Entscheidung des Rechtsstreits kann unter Umständen davon abhängen, wer Firmeninhaber ist, und dann ist die Angabe hierüber erforderlich und mangels Angabe die Klage wegen nicht genügender sachlicher Begründung abzuweisen. So muß z. B., wenn nach dem Tod des alleinigen Firmeninhabers eine gegen die Firma gerichtete und auf eine Geschäftsverbindlichkeit gestützte Klage dem Prokurist (§ 52 Abs. 3) zugestellt ist, und der Prokurist bestreitet, daß die Firma noch fortgeführt wird, dargetan werden, wer sie fortführt (vgl. RG. 6 98). Ebenso kann, wenn fraglich wird, wem ein Eid zugeschoben oder auferlegt werden soll, oder ob eine benannte Person als Sachverständiger oder Zeuge vernommen werden darf, die Angabe, wer Firmeninhaber ist, notwendig werden. Abgesehen von diesen Fällen, darf auch im Lauf des Rechtsstreits unaufgeklärt bleiben, wer bei Eintritt der Rechtshängigkeit Inhaber der Firma war. — Werden im Lauf des Rechtsstreits

wechselnde Angaben darüber gemacht, wer Firmeninhaber sei, wird aber nach wie vor die Firma als Partei bezeichnet, so liegt darin keine Klageänderung (OLG. Dresden 20 XII 01 OLGRspr. 4 203). Ebenso nicht, wenn ursprünglich unter der von der Firma Camus frères gebrauchten Geschäftsbezeichnung Dallais et fils geklagt ist, und demnächst berichtigt wird, daß Camus frères Klägerin sei (OLG. Zweibrücken 18 V 04 OLGRspr. 9 252). Wird im Lauf des Rechtsstreits der bei Rechtshängigkeit vorhandene Einzelinhaber statt der Firma als Partei genannt, so liegt darin gleichfalls keine unzulässige Klageänderung, sondern nur eine abgeänderte Bezeichnung der gleichen Partei (OLG. Hamburg 24 IX 01 OLGRspr. 3 274). Wird dagegen eine gegen eine offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma gerichtete Klage dahin berichtigt, daß sie nicht gegen die Firma, sondern gegen deren Inhaber gerichtet werde, so liegt darin eine Klageänderung (OLG. Hamburg 14 VI 04 OLGRspr. 9 253; vgl. jedoch § 124 Anm. II c). Die Berichtigung einer Klage dahin, daß sie nicht gegen den ursprünglich genannten nicht vorhandenen Einzelkaufmann, sondern gegen die gleichnamige offene Handelsgesellschaft gerichtet sei, enthält eine in der Regel zulässige Berichtigung des Klagevortrags in der Weise, daß als Beklagter keine Person, sondern eine Firma genannt werden solle; in der Regel liegt also auch in diesem Fall keine unzulässige Klageänderung vor (RG. 18 III 02 HoldheimsMSchr. 150, vgl. RG. 2 V 93 ZHR. 42 500). Auch wurde für zulässig erachtet, daß eine versehentlich namens „der Kaufleute A und B in Firma D" erhobene Klage dahin berichtigt werde, daß sie von „der Firma D, deren Inhaber B und C seien," erhoben sei, nachdem sich herausgestellt hatte, daß bei Erhebung der Klage nicht A und B, sondern B und C Firmeninhaber waren (Str. 57 36). Ergibt sich erst bei einer Eidesleistung, daß die Bezeichnung der Partei, welcher der Eid abgenommen werden sollte, unrichtig ist, so kann dies, wenn es für die Entscheidung unerheblich war, berichtigt werden (CPO. § 469, Str. 58 159, ROH. 14 306). Stirbt der Schwurpflichtige, wird er zur Leistung des Eides unfähig, oder hört er auf, gesetzlicher Vertreter zu sein, so können, auch wenn eine Firma als Partei bezeichnet ist, beide Parteien in Ansehung der betreffenden Beweisführung alle Rechte ausüben, die ihnen vor der Zuschiebung des Eides zustanden; ist der Eid durch bedingtes Urteil auferlegt, so wird unter Aufhebung des Urteils in der Sache anderweit erkannt (CPO. § 471). — Stirbt, wer bei Klagezustellung Geschäftsinhaber war, im Lauf des Rechtsstreits, oder veräußert er das Geschäft, so kommen in bezug auf den Eintritt des Rechtsnachfolgers in den Rechtsstreit die Vorschriften der CPO. §§ 239, 246, 265 zur Anwendung (D. 32).

3. Urteil und Vollstreckung. Ist eine Firma als Kläger oder Beklagter bezeichnet, so ist diese Bezeichnung auch im Urteil beizubehalten. Gegen denjenigen, der bei Eintritt der Rechtshängigkeit Firmeninhaber war, wird dann das Urteil vollstreckbar (RG. 21 III 91 bei Bolze 12 Nr. 124 und bei Gruchot 35 710) und der Rechtskraft fähig (vgl. ROH. 3 412); ferner gegen seine Rechtsnachfolger gemäß CPO. §§ 325, 727, 729 (die einzelnen Fälle vgl. bei Göppert ZHR. 47 279 ff.). Ist gemäß Antrag ein Urteil gegen eine Firma ergangen, so kann nicht bei dem Prozeßgericht nachträglich Berichtigung verlangt werden, daß der nunmehr benannte Inhaber verurteilt sei (KG. 7 VII 00 OLGRspr. 1 397). Ebensowenig kann eine sachlich auf das gegen die Firma ergangene Urteil gestützte neue Leistungsklage gegen den Inhaber gerichtet werden (KG. 15 VI 03 OLGRspr. 7 147). Vielmehr ist die Feststellung, wer der unter der Firma verurteilte Inhaber sei, Sache der Vollstreckungsbehörde, also des Gerichtsvollziehers oder des Vollstreckungsgerichts (KG. 7 VII 00 OLGRspr. 1 397). Der Gläubiger hat die für diese Prüfung der Vollstreckungsbehörde erforderlichen Nachweise zu beschaffen (KG. 3 I 03 KGBl. 46).

4. Nichtvollkaufmännische Firma. Die vorstehenden Regeln (zu 1—3) sind entsprechend auch dann anzuwenden, wenn es sich um die tatsächlich von einem Minderkaufmann geführte Firma handelt (zweifelnd KG. 7 VII 00 OLGRspr. 1 397), denn zwar ist § 17 Abs. 2 auf diesen Fall nicht unmittelbar anwendbar (oben Anm. II b), indessen geben die obigen Regeln nur eine auch für den Fall des Minderkaufmanns zutreffende Auslegung des Willens der Parteien, die sich des Handelsnamens statt des Personennamens bedienen.

e. **Firma im Grundbuch.** Die Schreibweise der Firma im Handelsregister soll auch bei der

Eintragung im Grundbuch genau beobachtet werden; ist dies nicht geschehen, so kann die Partei eine entsprechende Berichtigung des Grundbuchs verlangen (KG. 17 IV 99 KGJ. 19 100). Hat der Registerrichter eine Firmenänderung eingetragen, so darf der Grundbuchrichter eine entsprechende Berichtigung des Grundbuchs nicht aus dem Grund versagen, weil die Firmenänderung unzulässig war (KG. 31 X 04 OLGRspr. 10 409).

1. Einzelfirmen. Die Zulässigkeit ihrer Eintragung im Grundbuch ist streitig. Neuere Literatur KGJ. 26 A 136. Nach Reichsrecht wird die Eintragung für zulässig zu erachten sein (ebenso OLG. Colmar 10 VII 02 OLGRspr. 5 254; dagegen KG. 10 IX 02 EntschFG. 3 196; dahingestellt RG. 31 V 05 JW. 433[13]); doch besagt die Eintragung einer Firma nur, daß das Grundstück bzw. die Hypothek dem zur Zeit der Eintragung vorhandenen Firmeninhaber oder dessen Allgemeinrechtsnachfolgern, nicht aber darüber hinaus, daß sie dem jedesmaligen Firmeninhaber zustehen. Das Kammergericht (4 V 03 KGJ. 26 A 136 OLGRspr. 6 504) verneint die Zulässigkeit außer nach Reichsrecht auch nach preußischem Recht wegen des Wortlauts des § 4 der Preuß. Verf. v. 20 XI 99 über die Einrichtung der Grundbücher; indessen ist die Befugnis der Landesjustizverwaltungen zum Erlaß solcher Anordnungen nicht so ausdehnend auszulegen, daß sie auf diesem Weg die Bestimmungen des HGB. ändern könnten. Die Erwägung, daß die hier vertretene Ansicht dazu führt, daß Irrtümer über die Person des Eigentümers im Fall des Übergangs der Firma auf einen neuen Inhaber nahegelegt werden, ist nicht entscheidend, denn (vgl. OLG. Dresden 19 V 03 OLGRspr. 9 257) gleiche Verwechselungen können auch eintreten, wenn Veräußerer und Erwerber eines Grundstücks gleichnamig sind, oder wenn die Firma einer oHG., für die ein Grundstück eingetragen ist, zunächst auf eine Einzelperson und demnächst wieder auf eine neue oHG. übergeht.

2. Gesellschaftsfirma. Die Zulässigkeit ihrer Eintragung im Grundbuch ausdrücklich ausgesprochen in HGB. §§ 124, 210, GenG. § 17, GmbHG. § 13; vgl. auch GBO. § 33 Abs. 2. Wird die Firma geändert, so hat die Umschreibung des Eigentums auf die neue Firma im Grundbuch, unter Voraussetzung des Fortbestehens der Gesellschaft, ohne vorherige Auflassung zu erfolgen, selbst wenn die Firmenänderung durch Ausscheiden eines Gesellschafters veranlaßt wurde (KGJ. 8 63). In welchen Fällen für Umschreibungen auf die Firma, auf die Inhaber oder auf andere Gesellschaften Auflassung erforderlich, vgl. für offene Handelsgesellschaften § 124 Anm. IIb, für Aktiengesellschaften § 292 Anm. Ie 2, für Kommanditaktiengesellschaften § 332 Anm. I. Wie für die offene Handelsgesellschaft zu zeichnen ist, vgl. § 125 Anm. IIb, IIId.

3. Zweigniederlassungsfirma. Da Haupt- und Zweigniederlassung, selbst wenn deren Firmen sich unterscheiden, nicht getrennte Rechtspersönlichkeit haben, so kann auf Grund einer auf die Firma der Zweigniederlassung lautenden Eintragungsbewilligung die Hauptniederlassung auf Antrag eingetragen werden (KG. 2 V 04 EntschFG. 4 225 KGJ. 28 A 82 OLGRspr. 9 352), und die Umschreibung von der Firma der Hauptniederlassung auf die der Zweigniederlassung oder umgekehrt enthält keine Veräußerung des Rechts (vgl. KG. 12 IX 03 EntschFG. 4 47). Weil aber sowohl die Firma der Zweigniederlassung wie auch die Firma der Hauptniederlassung nur verschiedene Bezeichnungen desselben Geschäftsherrn sind, so steht — soweit überhaupt Eintragung einer Firma zulässig ist (oben zu 1, 2) — nichts dem entgegen, daß dingliche Rechte unter der Firma der Zweigniederlassung eingetragen werden (KG. 21 I 01 OLGRspr. 2 199, OLG. Dresden 7 IV 03 OLGRspr. 9 351; dagegen KG. 12 IX 03 EntschFG. 4 48 OLGRspr. 9 352, ObLG. München 11 VI 04 OLGRspr. 10 230; dahingestellt KG. 2 V 04 EntschFG. 4 227 KGJ. 28 A 84 OLGRspr. 9 354), und zwar gleichgültig, ob das betreffende Recht zum Betrieb der Zweigniederlassung in Beziehung steht oder nicht. Zulässig ist bezüglich der zum Betrieb der Zweigniederlassung in Beziehung stehenden Rechte auch die Eintragung der Hauptfirma unter Hinweis auf die — einer besonderen Firma entbehrende — Zweigniederlassung (KG. 2 V 04 EntschFG. 4 227 OLGRspr. 9 353, LG. I Berlin 5 IV 05 KGBl. 85).

f. **Die Firma bei Verträgen.** Ist unter der Firma ein Vertrag geschlossen, so ist Vertragschließender der damalige Inhaber der Firma. Erwirbt später ein anderer die Firma, so können

auf den Erwerber unter Umständen die Rechte aus den früheren Verträgen übergehen, und er kann unter Umständen mithaftend für die Pflichten aus jenen Verträgen werden (§§ 25, 27, 28). Dagegen wird der frühere Firmeninhaber nicht frei von seiner Mithaftung (§ 26 Anm. II).

II. Bildung einer *neuen* Firma (§§ 18—20).

§ 18.

Einzelkaufmann.

Ein Kaufmann, der sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, hat seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen als Firma zu führen.

Der Firma darf kein Zusatz beigefügt werden, der ein Gesellschaftsverhältniß andeutet oder sonst geeignet ist, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. Zusätze, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts dienen, sind gestattet.

ADH. Art. 16. **Entw. I** § 17. **Entw. II** § 18.

I. **Gemeinsame Vorschriften für alle Arten kaufmännischer Firmen.**

a. **Grundsatz der Firmenwahrheit.** Er ist durchgeführt für die Bildung neuer Firmen, nicht aber für den Fall des Übergangs des Geschäfts mit der Firma an einen Rechtsnachfolger, sei es unter Lebenden oder von Todes wegen.

b. **Sprache.** Der in der Reichstagskommission gestellte Antrag, die Bezeichnung der Firma in deutscher Sprache vorzuschreiben, wurde abgelehnt (KB. 12). Schon nach früherem Recht konnte die Firma ganz oder zum Teil fremdsprachig sein (KGJ. 8 23, 10 15) und nach jetzigem Recht ist dies zulässig (OLG. Colmar 2 VII 02 OLGRspr. 5 273). Keinen Anhalt im Gesetz hat die Einschränkung Staubs Anm. 14, daß die Firmenzusätze in einer durch erreichbare Dolmetscher übertragbaren Sprache abgefaßt sein müssen. Wenn nicht einmal ein Dolmetscher erreichbar ist, wird ein solcher Zusatz im inländischen Verkehr nicht allzuviel Schaden anrichten können.

c. **Zusätze der Firma.**

1. Allgemeines. Die Vorschrift des § 18 Abs. 2 ist, soweit sie nicht ihrem Inhalt nach nur auf Firmen der Einzelkaufleute Anwendung finden kann, auch auf Gesellschaftsfirmen anwendbar (§ 6 Abs. 1, RG. 3 166, KG. 11 IV 04 KGJ. 28 A 42). Ob im Einzelfall ein Zusatz als Teil der Firma oder nur unabhängig von der Firma neben derselben gebraucht wird (z. B. Geschäftsbezeichnungen, § 17 Anm. IIIa), ist nach den Umständen zu entscheiden (KGJ. 5 18). Der § 18 Abs. 2 bezieht sich nur auf diejenigen Zusätze, die Teil der Firma sind. Unerheblich ist, ob sie dem Namen vor- oder ob sie ihm nachgestellt sind (KGJ. 10 15, OLG. Stuttgart 24 VI 04 EntschFG. 4 216 KGJ. 28 A 308; vgl. RG. 5 113). Unerheblich auch, ob der Zusatz schon bei Annahme und Anmeldung der Firma oder erst nachträglich hinzugefügt worden ist, und ob er von dem Firmenführer als zur Firma gehörig gemeint oder nur infolge seiner Form derartig ist, daß er mit der Firma zusammen als ein Ganzes und dieses Ganze geeignet erscheint, als einheitliche Firma zu dienen (KGJ. 5 18). Die Zusätze zur Firma (z. B. „Barbarossa-Brunnen") können unter Umständen wichtiger werden als die sonstigen Bestandteile der Firma, weil sie im Gedächtnis des Publikums besser haften (RG. 38 83). Ob der unbefugte Gebrauch eines solchen wesentlich gewordenen Zusatzes verfolgbar nach § 37 ist, vgl. § 37 Anm. I a 4. — Ein Zusatz, der an sich erlaubt ist, wird nicht schon dadurch firmenrechtlich unzulässig, daß an demselben Ort ein anderer Geschäftsinhaber sich befindet, der ein älteres Geschäft hat, und auf dessen Geschäft die im Zusatz enthaltenen Angaben gleichfalls passen (RG. 54 185). — Ob der Liquidationszusatz Teil der Firma, vgl. § 153 Anm. I. Ob der Zusatz „Aktiengesellschaft" oder „Kommandit-

gesellschaft auf Aktien", vgl. § 20 Anm. III. Letzterer, sowie der Nachfolger- und der Zweigniederlassungszusatz treten jedoch nur in losen Zusammenhang mit dem übrigen Teil der Firma (§ 37 Anm. Ia 5).

2. Erlaubte Zusätze.

α. Zur Unterscheidung des Geschäfts dienende Zusätze sind nach jeder beliebigen Richtung der Unterscheidung zulässig, soweit nur nicht gegen den § 18 Abs. 2 Satz 1 verstoßen wird. Das Wort „Unterscheidung" ist jetzt statt „Bezeichnung" im Art. 16 ADH. gewählt. Zulässig sind sowohl Unterscheidungen gegenüber bereits vorhandenen Geschäften, wie auch diejenigen Bezeichnungen, die bestimmt sind, gegenüber erst künftig etwa entstehenden Geschäften von vornherein ein (sogar ganz willkürlich gewähltes) Unterscheidungsmerkmal aufzustellen (zustimmend KG. 2 VII 00 EntschFG. 1 115 KGJ. 20 A 268 OLGRspr. 1 288). So z. B. der Zusatz „Union" (KG. 2 III 03 OLGRspr. 6 342; ob dieser Zusatz auch bei Einzelfirmen zulässig, vgl. unten Anm. IIIb 3). Bezeichnungen, die lediglich den Zweck der Reklame haben, wurden nach früherem Recht für unzulässig erklärt. So z. B. die Zusätze „einzige Fabrik" (RG. 8 166) und „au bon marché" (KGJ. 10 15). Indessen ist dies nicht für zutreffend zu erachten (Opet ZHR. 49 86). Auch wird fast jeder derartige Zusatz gleichzeitig der Unterscheidung des Geschäfts dienen. Zulässig als Zusätze sind z. B. wahre Angaben über Art oder Umfang des Geschäfts (RG. 54 185). Schon nach früherem Recht wurden für zulässig erachtet Bezeichnungen der Eigenart des Geschäfts durch Zusätze zur Firma, auch wenn für diese Zusätze eine zugleich Reklamezwecken dienende Form gewählt ist, z. B. „Mitteldeutsche Klebstoffindustrie W. Wiegand" (KG. 25 IX 93 ZHR. 46 470). Ebenso Reklamebezeichnungen, die nach ihrer Form nicht als Teil der Firma zu gelten geeignet sind, z. B. in der Regel die hinzugefügten Worte „Generalvertreter von A. B." (KGJ. 5 19) oder „im früher L.schen Hause" (Bolze 16 Nr. 116). Über den Zusatz „Warenhaus" vgl. unten 3α. Über Nachfolgerzusätze vgl. § 22 Anm. IVb 1. Über den im § 30 vorgeschriebenen Unterscheidungszusatz bei Namengleichheit vgl. § 30 Anm. III.

β. Zur Unterscheidung der Person dienen z. B. Zusätze, die wahre Angaben über die Verhältnisse des Geschäftsinhabers enthalten (RG. 54 185). Eine nähere Bezeichnung der Person ist z. B. bei der Frau die Bezeichnung „Frau", „Witwe", bei der verheirateten Frau auch die Hinzufügung ihres Mädchennamens. Der Mann ist durch das Firmenrecht nicht gehindert, sich in der Firma durch Beifügung des Mädchennamens seiner Frau zu seinem eigenen Namen näher zu bezeichnen (RG. 16 60). Überhaupt ist durch öffentliches Recht nicht verboten, daß zu dem eigenen Namen ein beliebiger anderer Name, durch Bindestrich mit ersterem verbunden, hinzugesetzt wird, außer wenn im Einzelfall dies zur Herbeiführung einer Täuschung der in § 18 Abs. 2 verbotenen Art geeignet ist (KG. 2 II 04 KGJ. 27 A 66).

γ. Auf den Ort der Niederlassung verweisende Zusätze sind zulässig (RG. 54 186). Für zulässig wurde der Zusatz „Granitwerk Blauberg" erachtet, trotzdem das Granitwerk nicht im Blauberg, sondern an demselben lag, zumal der gebrochene Granit auf demselben Lager anstand, welches sich vom Blauberg bis zu dem fraglichen Granitwerk fortsetzt (Bolze 9 Nr. 113). Zulässig ist die zusätzliche Bezeichnung einer Firma als „Berliner", wenn sie auch nur innerhalb des die angrenzenden Vororte umfassenden Handelsplatzes „Berlin", obwohl außerhalb der Gemeinde Berlin liegt (KG. 2 III 03 OLGRspr. 6 342).

3. Verbotene Zusätze.

α. Zur Täuschung geeignete Zusätze. Nur auf Neubegründung von Firmen bezieht sich das Verbot des § 18 Abs. 2. Nicht (was Gierke ZHR. 45 460, Opet ZHR. 49 102 annehmen) auch auf die Fortführung vorhandener Firmen. Also nicht auf Zusätze, die ursprünglich der Art oder dem Umfang des Geschäfts oder den Verhältnissen des Geschäftsinhabers entsprachen, aber infolge späterer Änderung des Geschäfts oder der Verhältnisse des Geschäftsinhabers nun nicht mehr passen. Bei Fortführung eines zur Täuschung

geeigneten Zusatzes kann daher der Registerrichter auf Grund des § 18 Abs. 2 nur einschreiten, wenn schon zur Zeit des ursprünglichen Gebrauchs der Firma der Zusatz ein unzulässiger war. — Nur derjenige Zusatz ist verboten, der an sich, so wie er lautet, ohne Rücksicht auf bestehende Verhältnisse und Umstände, auf die der Zusatz nach seinem Wortlaut nicht hinweist, eine Täuschung der in Rede stehenden Art zu erregen geeignet ist; dagegen ist ein Zusatz, der nicht nach seinem Wortlaut (seinem sprachlichen Inhalt), sondern nur nach den bestehenden örtlichen Verhältnissen in den mit diesen mehr oder weniger bekannten Personen eine solche Täuschung hervorzurufen geeignet ist, zwar unter Umständen gegen das Wettbewerbsgesetz verstoßend, aber nicht nach § 18 Abs. 2 unzulässig (OLG. Stuttgart 24 VI 04 EntschFG. 4 216 KGJ. 28 A 309; ob der Registerrichter auch Verbote letzterer Art zu beachten hat, vgl. unten zu β). Ist der Zusatz geeignet, eine Täuschung zu erregen, so ist er unzulässig, auch wenn keine Absicht der Täuschung vorlag (KGJ. 5 18). Der Zusatz „früher A" ist unzulässig, wenn nicht das Geschäft des A erworben, sondern nur ein neues Geschäft in den früher von A benutzten Räumen geführt wird (OLG. Cassel 27 X 03 OLGRspr. 10 228). Der Zusatz „Einzige Fabrik nikotinfreier Tabake" ist unzulässig, wenn noch andere derartige Fabriken vorhanden sind (RG. 3 166). Der Zusatz „Holz-Industrie-Werke-Frankfurt" zu der Firma eines nur einen fachmännischen Leiter und 6 Arbeiter beschäftigenden Einzelkaufmanns wurde, weil einen zu großen Umfang vortäuschend, für unzulässig erachtet (KGJ. 12 15). Der Zusatz „Warenhaus" dagegen enthält keinen Hinweis auf einen besonders großen Geschäftsbetrieb (BerlHandelsgebr. 2 46). Als „Fabrik" darf nicht bezeichnet werden, was dies nach Verkehrsanschauung und gewöhnlichem Sprachgebrauch nicht ist (RG. 54 186). Als „Stadtbrauerei", wenngleich mit beigefügtem Namen des Geschäftsherrn, nicht eine außer Beziehung zur Stadtverwaltung stehende Brauerei (KG. 13 V 01 KGJ. 22 A 99). Als „Provinzial-Molkerei-Gesellschaft H. & Co." nicht ein außer Beziehung zum Provinzialverband stehendes Unternehmen (KG. 13 V 01 KGJ. 22 A 100 gegen KGJ. 3 11). Die außerhalb Berlins begründete neue Firma „Café Bauer (Inhaber J. O.)" des Einzelkaufmanns J. O. wurde für unzulässig erachtet, weil eine gewerbliche Zusammengehörigkeit mit der Berliner Firma „Café Bauer" vortäuschend (Bolze 23 Nr. 154). Die Bezeichnung „Hoflieferant" darf nicht als Teil der Firma geführt werden, wenn dem jeweiligen Firmeninhaber diese Bezeichnung nicht zusteht (KG. 6 I 02 KGJ. 23 A 212). Über den Zusatz „Söhne" bei Neubegründung einer Firma vgl. § 19 Anm. I. Über Zusätze, die ein Gesellschaftsverhältnis vortäuschen, zur Firma eines Einzelkaufmanns, vgl. unten Anm. III b 3.

β. Aus anderem Grund unzulässige Zusätze. Der § 18 Abs. 2, indem er die zur Täuschung geeigneten Zusätze verbietet, läßt sonstige Verbote unberührt. So ist z. B. nicht erlaubt ein Zusatz, der die Fortführung einer fremden Firma außerhalb des durch die §§ 22, 23 abgesteckten Rahmens darstellt (RG. 56 190). — Auch aus anderen als firmenrechtlichen Gesichtspunkten können Zusätze gegen privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Verbote verstoßen. So gegen eine Vereinbarung über Nichtführung jenes Zusatzes. Oder gegen WarenZG. § 15 oder UnlWG. §§ 1, 4, 8. Ist z. B. für ein bestimmtes Wortzeichen das Warenzeichenrecht erworben, so darf ohne Genehmigung des Zeichenberechtigten später kein anderer dasselbe Zeichen als Zusatz zu seiner Firma wählen (RGSt. 30 13). Der Registerrichter darf derartige private Untersagungsrechte nicht beachten, sondern muß dem Untersagungsberechtigten anheimstellen, ein Einschreiten des Prozeßgerichts herbeizuführen. Dagegen wird er öffentlichrechtliche Verbote, auch wenn sie nicht firmenrechtlich sind, zu berücksichtigen haben, falls Tatsachen zu seiner Kenntnis kommen, aus denen hervorgeht, daß der Zusatz unter ein solches Verbot fällt; ist letzteres zweifelhaft, so hat er Ermittlungen anzustellen (FGG. § 12).

γ. Folge des Verbots. Der Registerrichter darf eine Firma, die verbotene Zusätze enthält, nicht in das Handelsregister eintragen. Er kann die unzulässigerweise eingetragene Firma (nicht etwa nur den Zusatz, da die Firma ohne Zusatz nicht angemeldet

war) von Amts wegen löschen (FGG. § 142). Gegen einen Vollkaufmann (§ 37 Anm. I a 2), der eine solche (eingetragene oder nichteingetragene) Firma mit verbotenem Zusatz führt, hat der Registerrichter mit Ordnungsstrafen einzuschreiten (D. 34); ob der Gebrauch der Firma oder nur der Gebrauch des Zusatzes zu untersagen ist, vgl. § 37 Anm. I a 5.

d. **Bei Inkrafttreten des HGB. eingetragene Firmen** können nach EGHGB. Art. 22 weitergeführt werden, soweit sie nach den bisherigen Vorschriften geführt werden durften; bei der AG. und KAG. muß jedoch die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" bezw. „Kommanditgesellschaft auf Aktien" aufgenommen werden, wenn die Firma aus Personennamen zusammengesetzt ist und nicht erkennen läßt, daß eine AG. oder eine KAG. die Inhaberin ist. — Die Firmen, die bereits vor Inkrafttreten des ursprünglichen ADH. bestanden, konnten fortgeführt werden ungeachtet ihrer etwaigen Unzulässigkeit bei Zugrundelegung des ADH., falls nicht die Landesgesetzgebung das Gegenteil vorschrieb (RG. 41 21). Für Preußen bestimmte das PrEinf.Ges. v. 1861, Art. 65 Abs. 2:

„Jedoch kommen die Vorschriften der Artikel 16, 17, 18, 20 und 21 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs in Bezug auf eine Firma, deren ein Kaufmann oder eine Handelsgesellschaft bereits vor dem 1. März 1862 sich bedient hat, nicht zur Anwendung, sofern dieselbe innerhalb der im Artikel 64 bezeichneten Frist" (bis 1. Juni 1862) „zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wird."

e. **Folgen eines Verstoßes gegen die Vorschriften über Firmen.** Hierüber bestimmen HGB. § 37, FGG. §§ 142 ff. — Die etwaige Unzulässigkeit der von einer Gesellschaft oder juristischen Person geführten Firma ist ohne Einfluß auf das Bestehen der Firmenführerin als Gesellschaft oder juristische Person (dahingestellt RG. 41 21).

II. **Gemeinsame Vorschriften für Gewerbetreibende in offenen Läden, Gast- und Schankwirte.** Die Gewerbeordnung § 15 a (eingefügt durch EGHGB. Art. 9) bestimmt:

„Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirtschaft betreiben, sind verpflichtet, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirtschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen.

Kaufleute, die eine Handelsfirma führen, haben zugleich die Firma in der bezeichneten Weise an dem Laden oder der Wirtschaft anzubringen; ist aus der Firma der Familienname des Geschäftsinhabers mit dem ausgeschriebenen Vornamen zu ersehen, so genügt die Anbringung der Firma.

Auf offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien finden diese Vorschriften mit der Maßgabe Anwendung, daß für die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter gilt, was in betreff der Namen der Gewerbetreibenden bestimmt ist.

Sind mehr als zwei Beteiligte vorhanden, deren Namen hiernach in der Aufschrift anzugeben wären, so genügt es, wenn die Namen von zweien mit einem das Vorhandensein weiterer Beteiligter andeutenden Zusatz aufgenommen werden. Die Polizeibehörde kann im einzelnen Falle die Angabe der Namen aller Beteiligter anordnen."

Die Übertretung dieser Vorschrift ist mit Geldstrafe bis zu 150 Mk. und im Unvermögensfall Haft bis 4 Wochen bedroht (GewO. § 148 Nr. 14). „Offener Laden" ist auch ein in der Wohnung des Inhabers eingerichtetes Musterzimmer, das jedermann, wenngleich nach vorherigem Anläuten zugänglich ist (ObLG. München 3 II 03 HoldheimsMSchr. 04 162). Eine falsche am Laden angebrachte Inschrift beseitigt nicht die Haftung des wirklichen Inhabers (OLG. Colmar 11 XI 04 OLGRspr. 10 277), kann aber den fälschlich als Inhaber Bezeichneten mithaftbar machen, wenn von ihm die in der Inschrift liegende Kundgebung zu vertreten ist (vgl. § 15 Anm. III d 3 α, § 123 Anm. IV). Die Vorschrift ist nicht beschränkt auf Vollkaufleute, sondern trifft auch Minderkaufleute und Nichtkaufleute, wenn sie zum Gewerbebetrieb einen offenen Laden benutzen oder Gast- oder Schankwirtschaft betreiben. Die Vorschrift des Abs. 4 Satz 2 soll dazu dienen, zu verhindern, daß nur die Namen von Personen, die bloß zum Schein in das Geschäft aufgenommen sind, in der Aufschrift angegeben werden (D. 34). Durch diese neue Bestimmung der Gewerbeordnung bleibt die Befugnis der Kaufleute zur Führung der nach dem HGB. zulässigen

Firma unberührt (D. 33). — Eine beseitigte Aufschrift muß ungesäumt wiederhergestellt werden (ObLG. München 3 II 03 HoldheimsMSchr. 04 162).

III. **Firma des Einzelkaufmanns.**

a. **Einzelkaufmann** ist der Kaufmann, der sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter (§§ 335 ff.) betreibt. Ebenso diejenigen Gesellschaften, Vereine, Stiftungen und Gemeinschaften mit Kaufmannseigenschaft, die nicht „Handelsgesellschaften" sind (§ 6 Anm. Ia). Der § 18 findet mithin mangels besonderer Bestimmungen auch entsprechende Anwendung z. B. auf juristische Personen der in § 33 gedachten Art. Diese müssen daher mit ihrem gewöhnlichen Namen firmieren (§ 33 Anm. Ic 1). Über die Firma der Genossenschaft bestimmt GenG. § 3. Nur wer tatsächlich das Geschäft betreibt (§ 1 Anm. IVd) darf eine Firma führen. Ausgeschlossen ist jedoch die Anmeldung von Personen, die als geschäftbetreibend nur zum Schein vorgeschoben werden, um hierdurch ihrem Namen Aufnahme in die Firma zu verschaffen (RG. 37 61, Bolze 21 Nr. 149, RG. 8 VI 03 HoldheimsMSchr. 04 49). Vereinbaren zwei Personen, daß der eine unter dem Namen des anderen als neuer Firma und für Rechnung dieses anderen ein Geschäft betreiben soll, und muß die Führung dieser unzulässigen Firma demnächst unterbleiben, so ist nicht von selbst auch der auf die Geschäftsführung bezügliche Teil des Vertrages nichtig, sondern nur ein Rücktrittsrecht ist für beide Parteien gegeben (RG. 8 VI 03 JW. 293 [16] HoldheimsMSchr. 04 49).

b. **Bestandteile der neubegründeten Firma** des Einzelkaufmanns. Die Firma muß enthalten „seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen und kann ferner enthalten einen Zusatz.

1. Vorname. Die Vorschrift, daß auch mindestens ein ausgeschriebener Vorname in die Firma aufgenommen werden müsse, ist von der Reichstagskommission neu hinzugefügt (KB. 13). Unzulässig ist nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes die Abkürzung des Vornamens in der Weise, daß an dessen Stelle nur einzelne Buchstaben gesetzt werden. Der Zweck der Bestimmung ist aber ausschließlich die Verhinderung von Verschleierungen. Soweit dieser Zweck nicht gefährdet wird, zwingt das Gesetz und sein Wortlaut nicht dazu, in dieser Beziehung unnötig streng zu verfahren. Man wird daher auch diejenigen etwas geänderten Vornamen und zusammengezogenen Formen von Vornamen zulassen können, deren sich der Betreffende tatsächlich gewöhnlich bedient (z. B. Fritz statt Friedrich), selbst wenn sie in der Geburtsurkunde nicht genau so verzeichnet sind (ebenso Düringer-Hachenburg Nr. III; dagegen KG. 6 I 02 EntschFG. 3 74 KGJ. 23 A 206 OLGRspr. 4 460, Staub Anm. 5, Lehmann Nr. 5, Goldmann Anm. 1); die erzwungene Aufnahme eines sonst nicht geführten Vornamens in die Firma würde die Feststellung, wer Inhaber ist, in der Regel erschweren, nicht erleichtern. Ganz willkürliche Vornamen dürfen indessen nicht in die Firma aufgenommen werden (LG. I Berlin 9 VI 92 ZHR. 42 501). Angabe eines falschen Vornamens ist nach neuerer Rechtsprechung gemäß StGB. § 360 [8] strafbar (RGSt. 30 230). Indessen ist nicht in allen Bundesstaaten behördliche Genehmigung zur Änderung eines Vornamens erforderlich (Opet ZHR. 49 79, 138). Zulässig ist die Aufnahme eines Vornamens, der nicht der Rufname ist (RG. 6 II 04 HoldheimsMSchr. 229).

2. Familienname. Die Frau führt den Familiennamen des Mannes (BGB. § 1355). Die geschiedene Frau behält den Familiennamen des Mannes; durch beglaubigte Erklärung an die zuständige Behörde kann sie jedoch unbedingt ihren Mädchennamen und, wenn sie nicht für allein schuldig erklärt ist, den Namen, den sie (infolge einer früheren Heirat) bei Eingehung der geschiedenen Ehe führte, annehmen. Ist sie für allein schuldig erklärt, so kann der Mann durch beglaubigte Erklärung an die zuständige Behörde der Frau die Führung seines Namens untersagen; die Frau erhält dann ihren Mädchennamen wieder (BGB. § 1577; vgl. jedoch HGB. § 21). Die Ehefrau oder Witwe darf neben dem Namen des Mannes ihren Mädchennamen in die Firma aufnehmen (oben I c 2 β; dahingestellt RG. 3 XII 01 JW. 02 28 [21]). Das eheliche Kind erhält den Familiennamen des Vaters (BGB. § 1616), das uneheliche Kind den der Mutter, und wenn diese verheiratet ist, denjenigen Familiennamen, den die Mutter vor der Verheiratung geführt hat; der Ehemann der Mutter des unehelichen Kindes kann letzterem mit dessen und der Mutter

Bewilligung seinen Namen durch Erklärung in beglaubigter Form erteilen (BGB. § 1706; für vor dem Inkrafttreten des BGB. geborene Kinder EGBGB. Art. 208). Über den Familiennamen des Angenommenen s. BGB. 1758, 1772, EGBGB. Art. 209. — Die öffentlichrechtliche Pflicht, nur den durch Geburt oder Rechtsakt erworbenen Familiennamen zu führen (RG. **39** 303, **42** 149), erstreckt sich auf die Firmenführung nur soweit §§ 18ff., 21ff. hierauf bezügliche Vorschriften enthalten. — Bezüglich der Aufnahme tatsächlich (wenn auch vielleicht unberechtigt) im gewöhnlichen Leben geführter Familiennamen in die Firma muß bei Berücksichtigung des mit den Vorschriften des § 18 verfolgten Zwecks dasselbe gelten, was oben zu 1 bezüglich der Vornamen bemerkt ist. Daher muß z. B. für zulässig erachtet werden, daß im Jahr 1902 die Firma „W. Szulc" angenommen wird, wenn der Familienname zuletzt in einer Urkunde von 1796 „Schultz", aber nach einigen Übergangsformen spätestens seit 1843 stets „Szulc" geschrieben worden ist (dagegen KG. 5 V 02 KGJ. 24 A 163). Ebenso erscheint zulässig, daß wessen Familienname „L. genannt St." lautet, die Firma „L.-St." annimmt (dagegen KG. 2 II 04 KGJ. 27 A 65 OLGRspr. **10** 231), wenn er letztere Bezeichnung auch sonst gebraucht hat und unter ihr bekannt ist. Ob wer „L" heißt, „-St." als Zusatz aufnehmen darf, vgl. oben Anm. I c 2 *β*. Kleine Änderungen in der Schreibweise des Familiennamens zu dem Zweck, für den Verkehr in deutscher Sprache den Namen so zu schreiben, daß er, nach den Regeln der deutschen Aussprache annähernd denselben Laut gibt wie der nach den Regeln der fremden Sprache ausgesprochene fremdsprachige Name, ist firmenrechtlich für erlaubt zu erachten. Ebenso umgekehrt z. B. der Gebrauch der Firma „Löwenthal" in der Schreibweise „Lovendall" für den Verkehr mit englisch sprechenden Ländern (dagegen RG. 25 119). Die Begründung des RG. 25 119, daß es (bei Warenbezeichnungen; entsprechend aber auch bei Firmen) nur auf die Schreibweise ankomme (dagegen RG. **38** 80, **41** 70, **42** 17), weil nur durch den Gesichtssinn, nicht durch den Gehörssinn des Dritten die Wahrnehmung vermittelt werde, erscheint unzutreffend, denn auch durch das Auge wird mittels Gedankenverkettung neben der Gesichtsvorstellung auch eine Gehörsvorstellung vermittelt, und bei gesehenen Namen kommt fast stets nur die letztere zum Bewußtsein; nur auf das Bewußtsein, nicht auf den Wahrnehmungsweg kommt es aber an. — Der Familienname darf auch in Form eines Eigenschaftswortes gebraucht werden, z. B. „Fürstlich Y.-B.sche Fabrikverwaltung" (KGJ. 5 21).

3. Zusatz. Vgl. oben Anm. I c. Verboten ist für die Firma des Einzelkaufmanns die Andeutung eines Gesellschaftsverhältnisses. Beispiele: „& Co." (P. 34), „societa Italiana" (LG. I Berlin 26 II 93 ZHR. 42 501). Über den Zusatz „Union" vgl. oben Anm. I c 2 *α*. In der Firma „Phosphor- u. Sicherheitszündholzfabrik Union zu Habelschwerdt C. T." wurde nicht die Andeutung eines Gesellschaftsverhältnisses gefunden (Bolze **10** Nr. 184b).

§ 19.

Offene Handels- und Kommanditgesellschaft.

Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft hat den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter zu enthalten.

Die Firma einer Kommanditgesellschaft hat den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze zu enthalten.

Die Beifügung von Vornamen ist nicht erforderlich.

Die Namen anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter dürfen in die Firma einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft nicht aufgenommen werden.

ADH. Art. 17. **Entw. I** § 18. **Entw. II** § 19.

I. **Offene Handelsgesellschaft (Abs. 1).** Wenn nicht alle Gesellschafter mit ihrem Familiennamen (§ 18 Anm. III b 2) genannt sind, muß ein die Gesellschaft andeutender Zusatz gebraucht werden; also auch dann, wenn die Namen zweier Teilhaber einer Gesellschaft, die aus mehr als zwei Personen besteht, in der Firma vorkommen (P. 36). Wenn alle Gesellschafter genannt sind, so ist ein die Gesellschaft andeutender Zusatz nicht vorgeschrieben, aber auch nicht verboten (z. B. „Schmidt & Krüger, Gesellschaft für Getreideeinfuhr"). Nur darf der Zusatz nicht zu einer Täuschung geeignet sein (unten Anm. III). Nicht zulässig ist die Neubegründung einer Firma „C. Z. Söhne" durch die Söhne des „C. Z.", weil hier Z. als Name des Vaters und nicht als Name der Söhne gebraucht ist, und weil ferner der Zusatz zu der Täuschung geeignet ist, daß die Firma schon vom Vater begründet wurde (KG. 11 IV 04 KGJ. 28 A 41 OLGRspr. 9 242).

II. **Kommanditgesellschaft (Abs. 2).** Auch wenn alle persönlich haftenden Gesellschafter in der Firma genannt sind, muß ein Zusatz aufgenommen werden, der das Vorhandensein einer Gesellschaft (nicht besonders einer Kommanditgesellschaft) andeutet. Diese Vorschrift gilt nicht für die Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 20), da diese nach dem jetzigen HGB. nicht eine Unterart der Kommanditgesellschaft ist (§ 320 Anm. IV).

III. **Offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft (Abs. 3, 4).** Für beide Gesellschaftsformen gelten die Vorschriften der Abs. 3 u. 4, ferner aber auch diejenigen Bestimmungen (§ 18 Anm. I, II), die auf alle Arten von Firmen anwendbar sind. Beispiele unzulässiger Firmen offener Handelsgesellschaften: Zusatz „Verein Kreditreform" wenn es sich in Wahrheit nicht um eine größere Anzahl von Geschäftsleuten handelt, die sich zur Reform des Kreditwesens vereinigt haben (OLG. Stuttgart 18 IV 90 ZHR. 42 501), Namen aller Gesellschafter und Zusatz et Comp. (OLG. Hamburg 12 VI 90 ZHR. 42 502). — Das Verbot der Aufnahme von Namen anderer als der persönlich haftenden Gesellschafter in die Firma gilt auch bei der Kommanditgesellschaft nur für die Bildung einer neuen, nicht auch für die Fortführung einer bestehenden Firma (§ 161 Anm. II b 26).

§ 20.

Aktien- und Kommanditaktiengesellschaft.

Die Firma einer Aktiengesellschaft sowie die Firma einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ist in der Regel von dem Gegenstande des Unternehmens zu entlehnen; die erstere Firma hat außerdem die Bezeichnung „Aktiengesellschaft", die letztere Firma die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft auf Aktien" zu enthalten.

ADH. Art. 18. **Entw. I** § 19. **Entw. II** § 20.

I. **Verhältnis zum früheren Recht.** Neu vorgeschrieben ist, daß auch die Firma der Kommanditgesellschaft auf Aktien in der Regel von dem Gegenstand des Unternehmens zu entlehnen ist. Dies entspricht der jetzigen Stellung der Kommanditgesellschaft auf Aktien als einer mehr der AG. als der KG. nahestehenden Gesellschaftsform (§ 320 Anm. II, IV). Neu ist ferner die Vorschrift, daß die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" bzw. „Kommanditgesellschaft auf Aktien" in die Firma aufgenommen werden müsse, eine Vorschrift, die sogar für den Fall des Erwerbers einer bestehenden Firma gilt (§ 22 Abs. 1). — Über die vor Inkrafttreten des HGB. eingetragenen Firmen von Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften, s. Art. 22 EGHGB.

II. **Sachfirma.** Die Sachfirma entspricht der Personenfirma des Einzelkaufmanns, sie ist der Name der Gesellschaft, der juristischen Person, nicht eine Bezeichnung des Unternehmens, des Geschäfts (RG. 1 27, 3 68, 9 105). Wird die Firma vom Gegenstand des Unternehmens entlehnt, so braucht sie doch diesen Gegenstand nicht so erschöpfend zu kennzeichnen, wie es in der Satzung geschehen ist, vielmehr genügt Anpassung der Firma an den aus der Satzung zu entnehmenden Hauptgegenstand (KG. 3 X 98 JMBl. 99 58, 18 I 04 OLGRspr. 9 268). Die Entlehnung vom Gegenstand des Unternehmens ist nur als Regel vorgeschrieben. Zulässig

ist namentlich auch die Aufnahme einer als Symbol erkennbaren Bezeichnung, wenngleich diese Bezeichnung zugleich Personenname eines Dritten sein kann, z. B. „‚Orlow‘ Gesellschaft für elektrische Beleuchtung" (RG. 20 II 99 KGJ. 19 16). Ursprünglich hatte hierüber die genehmigende staatliche Behörde zu entscheiden; seit die Notwendigkeit einer staatlichen Genehmigung für die AG. u. KAG. durch Aktiengesetz v. 11 VI 70 beseitigt ist, entscheidet der Registerrichter. Die Aufnahme von Personenbezeichnungen muß jetzt zugelassen werden, wenn ein berechtigtes Interesse hierfür glaubhaft gemacht wird. — Der frühere Art. 18 Abs. 2 ADH. hatte für die Aktiengesellschaft bestimmt: „Der Name von Gesellschaftern oder anderen Personen darf in die Firma nicht aufgenommen werden." Diese Bestimmung ist jetzt fortgelassen, weil der Zusatz „Aktiengesellschaft" oder „Kommanditgesellschaft auf Aktien" genügt, um Mißverständnissen über die rechtliche Stellung derjenigen Personen, deren Namen in der Firma enthalten sind, vorzubeugen (D. 35). So wird namentlich bei Umwandlung eines unter anderer Form bestehenden Geschäfts in eine AG. oder KAG. unter Umständen ein berechtigtes Interesse vorliegen, Personennamen in die Firma aufzunehmen. Personennamen können stets in der Firma beibehalten werden, wenn die AG. oder KAG. lediglich die bisherige Firma eines neu erworbenen Geschäfts fortführt (§ 22 Anm. IV b 2).

III. **Die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" oder „Kommanditgesellschaft auf Aktien"** wird Bestandteil der Firma (RG. 29 VI 03 KGJ. 26 A 218). Die Beifügung jener Bezeichnung in Klammer genügt (KG. 20 II 99 KGJ. 19 17). Nicht zulässig ist in der Firma eine nur abgekürzte Form jener Bezeichnung. Abweichendes gilt für die Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit nach PrivVUntG. § 18 Abs. 2: „Auch ist in der Firma oder in einem Zusatz auszudrücken, daß Versicherung auf Gegenseitigkeit betrieben wird." Daher ist für die Gegenseitigkeitsgesellschaft auch die abgekürzte Bezeichnung „a. G." zulässig (KG. 25 V 03 EntschFG. 4 23 KGJ. 26 A 69).

IV. **Gemeinsame Vorschriften für alle Firmen** vgl. § 18 Anm. I.

III. Fortführung einer *bestehenden* Firma (§§ 21—24).

§ 21.

Namensänderung eines Geschäftsinhabers.

Wird ohne eine Aenderung der Person der Name des Geschäftsinhabers oder der in der Firma enthaltene Name eines Gesellschafters geändert, so kann die bisherige Firma fortgeführt werden.

ADH. — **Entw. I —** **Entw. II —**

I. **Namensänderung.** In Betracht kommen namentlich: Freiwillige Änderung mit staatlicher Genehmigung oder, soweit nicht erforderlich, ohne solche Genehmigung. Änderung durch Verleihung des Adels oder durch Verzicht auf den Adel. Änderung durch Legitimation eines unehelichen Kindes oder Annahme an Kindesstatt oder Aufhebung einer solchen Annahme. Änderung des Namens einer Frau durch Verheiratung oder als Folge der Scheidung. Der § 21 ist anwendbar sowohl auf Vor-, wie auch auf Familiennamen.

II. **Fortführungsrecht.** Nur wer schon vor der Namensänderung die Führung der Firma untersagen durfte, kann dies auch später tun. Der Firmeninhaber erwirbt kein neues Recht, sondern nur der bisherige Zustand bleibt unberührt durch den Namenswechsel. Wird der geschiedenen für schuldig erklärten Frau seitens des Mannes die künftige Führung seines Namens untersagt (BGB. §§ 1577 Abs. 3, 12) so wirkt diese Untersagung nur als Untersagung der Führung des Namens außerhalb einer etwa bestehenden Firma (ebenso Staub Anm. 2, Opet ZHR. 49 104; dagegen Düringer-Hachenburg, Lehmann Nr. 4, Goldmann Anm. 2 II). Entsprechend bei Aufhebung der Annahme an Kindesstatt (ebenso Lehmann Nr. 4; dagegen Düringer-Hachenburg).

III. **Ändert der Firmeninhaber die Firma,** indem er statt seines früheren Namens seinen neuen Namen einsetzt, so kommen dieselben Regeln zur Anwendung wie bei jeder anderen will-

ürlichen Firmenänderung. Mithin ist Anmeldung der Änderung zum Handelsregister, Eintragung und Bekanntmachung erforderlich. Auch darf die geänderte Firma nur so lauten, wie dies bei Neubegründung von Firmen zulässig ist; nicht etwa darf in einer nur als abgeleitete zulässigen Firma lediglich der neue Name an die Stelle des alten gesetzt werden (dagegen Staub Anm. 3).

§ 22.

Vollständiger Wechsel der Geschäftsinhaber.

Wer ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todeswegen erwirbt, darf für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen. Die Verpflichtung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, die im § 20 vorgeschriebene Bezeichnung in ihre Firma aufzunehmen, wird hierdurch nicht berührt.

Wird ein Handelsgeschäft auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses übernommen, so finden diese Vorschriften entsprechende Anwendung.

ADH. Art. 22. **Entw. I** § 20. **Entw. II** § 21.

I. Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäfts.
II. Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers oder der Erben in die Fortführung der Firma.
III. Wirkung des Geschäftserwerbs ohne Rücksicht auf etwa erteilte Einwilligung zur Firmenfortführung.
IV. Wirkung der Einwilligung zur Firmenfortführung.
V. Übernahme durch nutzungsberechtigten Fremdbesitzer.

I. Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäfts.

a. Erwerb unter Lebenden oder von Todes wegen.

1. Verhältnis des § 22 Abs. 1 zu Abs. 2 und zu § 24. Der § 22 Abs. 1 behandelt den Fall des Erwerbs (unten zu 2) von Eigentum (oder Eigenbesitz) im Gegensatz zu der in Abs. 2 erwähnten (unten Anm. V) Übernahme in Fremdbesitz. Der § 22 handelt von dem Vollerwerb eines Handelsgeschäfts, so daß die Person des Geschäftsinhabers vollständig wechselt, der § 24 betrifft den Fall einer nur teilweisen Änderung in den Personen der Geschäftsinhaber.

2. Erwerb. Unter „Erwerb" („erwirbt", „Erwerber") ist in §§ 22 ff. die Erlangung eines fälligen Forderungsrechts auf Übertragung mitbegriffen (vgl. entsprechend auch § 208 Anm. I a, § 226 Anm. I a). Nicht kann die Absicht bestanden haben, das Recht zur Firmenfortführung oder die Wirkungen des § 25 von einer dinglichen Übertragung der zum Handelsgeschäft gehörenden Vermögensgegenstände abhängig zu machen. Entsprechend ist dann „wird übernommen" in Abs. 2 auszulegen als „wird das Recht auf Übernahme erworben". In denjenigen Fällen, in denen der Erlangung der Sache kein besonderes Entstehen eines Forderungsrechts vorhergeht (z. B. Erwerb durch Erbschaft) bezeichnet Erwerb die Erlangung des dinglichen Rechts.

3. Form des Erwerbsvertrages. Für den Vertrag über Erwerb eines Handelsgeschäfts ist keine bestimmte Form vorgeschrieben. Indessen kommen die allgemeinen Formvorschriften des bürgerlichen Rechts zur Anwendung (§ 350 Anm. II). Daher bedarf der Erwerbsvertrag gerichtlicher oder notarieller Beurkundung, wenn zu dem veräußerten Handelsgeschäft Grundstücke gehören (BGB. § 313) und nicht nur eine Verpflichtung zum Erwerb, sondern auch eine Verpflichtung zur Veräußerung übernommen ist (RG. in JW. 05 126). Und zwar selbst dann, wenn beabsichtigt ist, zur Ausführung der Veräußerung nicht den Weg der Auflassung, sondern den eines Eintritts des Erwerbers als Gesellschafter in die veräußernde oHG. und demnächstigen Austritts der bisherigen Gesellschafter

zu wählen (OLG. Posen 18 XII 03 OLGRspr. 8 436). Ebenso, wenn in der Veräußerung des Handelsgeschäfts die Veräußerung des Vermögens des Veräußerers als eines Ganzen liegt (BGB. § 311), wenngleich einzelne Gegenstände von der Veräußerung ausgeschlossen werden. Die Veräußerung nur eines Sondervermögens, z. B. eines Erwerbsgeschäfts, fällt nicht unter BGB. § 311 (Planck [3] § 311 Anm. 1), falls dies Sondervermögen nicht das einzige Vermögensstück des Veräußerers ist. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist daher erforderlich z. B., wenn eine AG. sich zur Übertragung ihres Vermögens als Ganzes, einschließlich eines von ihr betriebenen Handelsgeschäfts, verpflichtet (§ 303 Anm. IV a); nicht dagegen, wenn die AG. nicht ihr Vermögen als Ganzes, sondern nur das von ihr betriebene Handelsgeschäft veräußert (§ 303 Anm. I c); ebensowenig, wenn der Eigentümer aller Anteilrechte einer AG. (vgl. § 292 Anm. I d) diese Anteilrechte veräußert. Entsprechend (§ 105 Anm. I c 2) ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung für erforderlich zu erachten, wenn namens einer oHG. deren Vermögen als Ganzes veräußert wird (ebenso Lehmann § 25 Nr. 4, vgl. D. 37; dagegen Staub § 22 Anm. 12); nicht dagegen, wenn die offenen Gesellschafter in eigenem Namen ihre Anteilrechte (§ 105 Anm. I f 3) an andere Personen veräußern. Endlich ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich, wenn der Einzelkaufmann sein Vermögen als Ganzes veräußert (vgl. RG. 17 100) und nur seine Privatmöbel ausnimmt; nicht aber, wenn er das Handelsgeschäft nur als einzelnes Vermögensstück veräußert, wenngleich er außerdem nur noch jene Privatmöbel besitzt. — Über die Form, in welcher dem Registergericht bei Anmeldung der Nachweis der Rechtsnachfolge zu erbringen ist, vgl. § 12 Anm. VI a 3 β. Über die Form der Einwilligung zur Firmenfortführung vgl. unten Anm. II a 2.

b. **Bestehendes** Handelsgeschäft. Das Handelsgeschäft muß bei Erwerb schon bestehen und noch bestehen. Andernfalls würde eine nach § 23 verbotene Veräußerung der Firma ohne das Handelsgeschäft, dem sie zugehört, vorliegen (RG. 22 59).

1. Begonnenes Handelsgeschäft. Vgl. § 1 Anm. II b. Die Veräußerung eines von dem Veräußerer noch nicht wirklich betriebenen Geschäfts bildet keine genügende Unterlage für die Mitübertragung der Firma (ROH. 6 247, RG. 25 2, 38 76), auch wenn die Gegenstände, mit denen demnächst der Gewerbebetrieb begonnen werden soll, bereits beschafft, und vorbereitende Einrichtungen getroffen worden sind (RG. 9 2). Ein Vertrag, durch welchen der Form nach eine Gesellschaft begründet, in Wirklichkeit aber nur bezweckt wird, den Namen des einen Gesellschafters als Firmenbestandteil zu verwerten, damit nach dessen Ausscheiden die Firma als abgeleitete fortgeführt werden kann, ist als Scheinvertrag nichtig (BGB. § 117, OLG. Hamburg 30 I 96 ZHR. 46 481, OLG. Köln 24 IV 95 ZHR. 46 481).

2. Nicht erloschenes Handelsgeschäft. Vgl. § 1 Anm. II c. Nur ausnahmsweise hört ein Handelsgeschäft plötzlich auf, zu bestehen; in der Regel ist der Verlauf ein langsamer, so daß sich kein fester Endpunkt bestimmen läßt. Solange die Geschäftsbeziehungen noch nicht vollständig nach außen abgebrochen sind, und auch die innere Organisation nicht vollständig zerstört ist, hat das Bestehen nicht ganz aufgehört. Das Geschäft besteht jedenfalls noch bis zur vollständigen Beendigung der Liquidation (RG. 29 70). Gestaltungen des Verkehrs sind denkbar, bei denen der Kaufmann nur immer zeitweise eine Tätigkeit entfaltet; auch kann ein Gewerbebetrieb, der als ununterbrochener angelegt ist, durch Unfälle einstweilen zum Stillstand kommen, ohne daß ein endgültiges Aufgeben angenommen werden müßte; ebenso wenn der Gewerbebetrieb des Einzelkaufmanns ruht, weil er sich in Konkurs befindet (KGJ. 13 38). Das Handelsgeschäft besteht nicht mehr, wenn der Gewerbebetrieb endgültig aufgegeben ist (RG. 29 69, vgl. ROH. 10 292). Daran ändert nichts das Fortbestehen etwaiger auf den früheren Betrieb bezüglicher Verbindlichkeiten (vgl. ObLG. München 26 III 03 OLGRspr. 6 463). — Trotz Fortbestehens des alten „Geschäfts" kann der „Beginn eines neuen Gewerbebetriebes", mithin auch die Pflicht zur Anfertigung einer Eröffnungsbilanz vorliegen (§ 39 Anm. II a 2).

c. **Handels**geschäft. Der Begriff des Handelsgeschäfts ist als ebenso weit reichend auszulegen wie (§ 1 Anm. III a) der Begriff des Handelsgewerbes. Das Handelsgeschäft ist diejenige

Vermögensmasse, die für den Betrieb des Handelsgewerbes (§§ 1—4) benutzt wird. Der § 22 setzt aber ein Handelsgeschäft voraus, in Ansehung dessen eine Firma im Sinn des HGB. geführt wird (unten Anm. II d).

d. Handelsgeschäft. Zu unterscheiden von Handelsgewerbe (§ 39 Anm. II b).

1. Als Ganzes. Ein Handelsgeschäft kann an sich als Vermögensinbegriff, oder es können alle einzelnen dazu gehörigen Gegenstände einzeln veräußert werden (RG. **46** 268). Der § 22 aber setzt voraus, daß „ein Geschäft“ erworben ist, also ein Vermögensinbegriff (dagegen Str. **74** 34). Nicht nur der Inbegriff körperlicher Gegenstände und Forderungen, sondern auch die Organisation, das ganze Unternehmen, in welchem jener Sachinbegriff genutzt wird (RG. 1 264), einschließlich der sich auf die geschaffenen Verkehrsbeziehungen stützenden Aussichten für den weiteren Geschäftsbetrieb (RG. **55** 125). Die Übertragung der Organisation ist unter Umständen (z. B. bei einem Zeitungsunternehmen) sogar das Wesentliche, und die etwaige Mitveräußerung körperlicher Gegenstände ist dann nur ein nebensächlicher Bestandteil des Vertrages (RG. **37** 178). Ist das Handelsgeschäft als Ganzes veräußert, so ist doch nicht ein abstrakter Begriff, sondern die Summe der zu dem Geschäft gehörigen Rechte und Verbindlichkeiten Gegenstand des Vertrages (RG. **46** 268). Auch ist zu beachten, daß bezüglich der übertragenen Schulden der Übernehmer zwar Gesamtschuldner, der Übertrager aber nicht frei wird (RG. **46** 268, **48** 314). Ein Vorbehalt des Eigentums an der Sachgesamtheit bis zur Bezahlung des Kaufpreises ist rechtlich unmöglich (OLG. Stuttgart 30 IX 02 OLGRspr. 8 63). „Handelsgeschäft“ ist nicht beschränkt auf „Handelsvermögen“ (ROH. 2 51, OLG. Dresden 13 X 88 ZHR. **37** 531).

2. Ausschließung einzelner Gegenstände von Mitveräußerung. Der § 22 bleibt anwendbar, auch wenn bestimmte Gegenstände oder Gattungen von Gegenständen, Rechten oder Verpflichtungen von der Mitübertragung ausgeschlossen werden (RG. 10 XII 95 JW. **96** 36[30]), solange diese Ausnahmen nicht wirtschaftlich den Inbegriff völlig oder nahezu vollständig erschöpfen. Diejenigen Bestandteile müssen mitübertragen werden, die für die Fortführung des Handelsgeschäfts wesentlich sind (OLG. Köln v. 31 XII 94 ZHR. **46** 474). Ein Geschäft ist auch dann erworben, wenn nur die Waren und die etwa vorhandenen Forderungen, nicht aber die Schulden (oder nur die Waren und die etwa vorhandenen Schulden, nicht aber die Forderungen, ROH. 2 154) übernommen werden; eine Übernahme der Aktiva (eventuell auch der Passiva) liegt schon dann vor, wenn nur gegenüber dem Dritten der Erwerber zur Einziehung der Forderungen ermächtigt (bzw. Regelung der Verbindlichkeiten verpflichtet) wird, gleichgültig ob er im inneren Verhältnis zum Veräußerer die Eingänge abliefern muß und die Auslagen ersetzt erhält, oder ob er hierfür eine Abfindungssumme zahlt oder erhält (RG. 25 4). Selbst bei Ausschluß einer Übernahme der Aktiva und der Passiva kann unter besonderen Umständen das Handelsgeschäft erworben sein (RG. 29 XII 03 JW. **04** 99[28], OLG. Cassel 10 X 04 OLGRspr. **10** 12). Eine Veräußerung des Geschäfts mit der Firma ohne Aktiva und Passiva, jedoch unter Überlassung der Ordnung der Aktiva und Passiva an den Erwerber, ist im Zweifel aufzufassen als eine Veräußerung mit Aktiven und Passiven und der Verpflichtung des Erwerbers, Eingänge und Auslagen aus letzteren im einzelnen mit dem Veräußerer zu verrechnen (RG. **9** 82). Werden auch nach außen hin weder Forderungen noch Verbindlichkeiten übernommen, tritt namentlich der Erwerber auch nicht in bestehende Miets- und Anstellungsverträge ein, so liegt in der Regel nicht der Erwerb eines Handelsgeschäfts, sondern nur der Kauf eines Inbegriffs von Waren vor (P. 41; dagegen Str. **74** 34, wo jedoch die Beweisführung auf einem Voraussetzen des Gesuchten beruht).

II. Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers oder der Erben in die Fortführung der Firma.

a. Einwilligung.

1. Ausdrücklich muß sie sein (§ 22 Abs. 1 Satz 1). Ausdrücklich ist eine Willenserklärung, wenn sie in einem die Zustimmung bezeugenden und auf den betreffenden Gegenstand gerichteten Tun des Erklärenden besteht, im Gegensatz sowohl zu einem bloßen Unter-

lassen des Widerspruchs wie auch (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 5) zu einem auf einen anderen Gegenstand gerichteten Tun, das nur einen Rückschluß auf die Zustimmung zuläßt (§ 48 Anm. II). Ohne eine ausdrückliche Erklärung geht daher bei Veräußerung eines Geschäfts die Firma nicht über. Die Einwilligung kann nicht durch Ersitzung ersetzt werden, da das BGB. nur Ersitzung von Sachen, nicht auch von Rechten kennt (BGB. § 937; vgl. für das frühere preußische Recht RG. 25 6, für das gemeine und rheinische Recht RG. 7 283). Gutgläubigkeit des Erwerbers einer abgeleiteten Firma hebt nicht eine etwa gegenüber Dritten auf Grund deren privaten Rechts oder eine nach öffentlichem Recht bestehende Unzulässigkeit der Führung dieser Firma auf (§ 366 Anm. IIa 2, RG. 6 VII 03, JW. 342[8]).

2. Form. Für die Einwilligung ist keine Form vorgeschrieben (ROH. 10 291). Nimmt man an, daß an der Firma Rechtsnachfolge stattfindet (§ 23 Anm. IIb gegen herrschende Meinung), so ist bei Anmeldung zum Handelsregister die Vorschrift des § 12 Abs. 2 Satz 2 nicht nur auf den Erwerb des Geschäfts, sondern auch auf den Erwerb der Firma anwendbar. Wollte man dagegen die herrschende Meinung zu Grund legen, wonach an der Firma Rechtsnachfolge nicht stattfindet, so wäre jede Form des Nachweises für die Zustimmung zur Firmenführung für zulässig zu erachten (§ 12 Anm. VIa 3δ; dagegen Staub Anm. 5).

3. Zeitpunkt. Eine bestimmte Zeit für die Erklärung ist nicht vorgeschrieben, namentlich nicht, daß letztere gleichzeitig mit der Veräußerung des Geschäfts abgegeben werden muß. Die Fortführung ist allerdings erst von dem Zeitpunkt an zulässig, zu welchem sowohl der Erwerb des Geschäfts wie die Einwilligungserklärung bezüglich der Firma erfolgt sind. Auch wird die Zeit der Einwilligung in der Regel nicht allzuweit von der Zeit des Geschäftserwerbs entfernt sein können, denn eine vor der Geschäftsübertragung erfolgte Einwilligung verstößt gegen § 23, und bei einer nach der Geschäftsübertragung erfolgenden Einwilligung wird das Firmenrecht in der Person des Veräußerers oft schon erloschen sein (oben Anm. Ib 2, § 31 Anm. IIIb). Zulässig ist die Erteilung der Einwilligung mit der Beschränkung, daß bei jeder Weiterübertragung von neuem die Einwilligung einzuholen ist; in solchem Fall kann die neue Einwilligung noch jederzeit erteilt werden, solange nicht in der Person des Weiterübertragers das Firmenrecht erloschen ist.

b. **Der bisherige Geschäftsinhaber oder die Erben** müssen die Erklärung (§ 23 Anm. II) abgeben. Jede von beiden Möglichkeiten ist sowohl bei Geschäftserwerb unter Lebenden wie bei Erwerb kraft letztwilliger Verfügung gegeben. Ist das Geschäft unter Lebenden übertragen, und stirbt der Geschäftsinhaber unmittelbar darauf, so können noch die Erben die Einwilligung zur Fortführung der Firma geben (oben Anm. IIa 3); ebenso, wenn die Zustimmung zur Fortführung durch einen späteren Erwerber des Geschäfts im Einzelfall notwendig wird (unten Anm. IVc 3). Für den Fall, daß der bisherige Geschäftsinhaber stirbt, ohne über die Firma verfügt zu haben, setzen die §§ 22, 27 voraus, daß — mit der Beschränkung des § 23 — das Recht zur eigenen Firmenführung oder zur Gestattung der Firmenführung durch andere auf die Erben übergeht. Ob eigentliche Rechtsnachfolge stattfindet, oder ob vielmehr das Recht, soweit es nicht bereits durch Verfügungen des bisherigen Inhabers erschöpft ist, neu in der Person des Erben entsteht, vgl. § 23 Anm. IIb. Auch für den Fall des Erwerbs von Todes wegen kann bereits der bisherige Geschäftsinhaber Bestimmung treffen. Bestimmt er, daß alle Erben gemeinsam das Recht zur Firmenfortführung haben sollen, so geht mit dem Anfall der Erbschaft (BGB. § 1942) dies Recht auf sie über; es tritt also dieselbe Wirkung ein, wie wenn er nichts bestimmt hätte. Bestimmt er letztwillig etwas Abweichendes, so liegt hierin ein Vermächtnis, sei es an einen Erben, sei es an einen Dritten; eine solche Bestimmung enthält daher zwar bereits einen „Erwerb des Handelsgeschäfts" (oben Anm. Ia 2), aber noch nicht die in § 22 geforderte Einwilligungserklärung, sondern erzeugt nur eine Forderung gegen die Erben auf Erteilung der Einwilligungserklärung (§ 2174 BGB.; dagegen Staub Anm. 5). Die im früheren Art. 22 ADH. enthaltene besondere Hervorhebung des Falles mehrerer Miterben ist im HGB. als überflüssig fortgelassen. Sind mehrere Miterben berechtigt zur Verfügung über das Firmen-

recht, so ist, wenn einer allein das Geschäft mit der Firma fortführen will, die Einwilligungserklärung der übrigen erforderlich. Sind mehrere Miterben berechtigt zur Firmenfortführung, und ist einer zur alleinigen Vertretung des Nachlasses testamentarisch ermächtigt, so kann dieser eine selbständig beantragen, daß alle Miterben als Firmeninhaber und er als zur alleinigen Geschäftsführung berechtigt eingetragen werden (KGJ. 15 7). Die Witwe eines Kaufmanns oder der Witwer einer Kauffrau, wenn das Firmenrecht nicht von Todes wegen auf sie übergegangen ist, haben kein Widerspruchsrecht, auch nicht wenn ihr Familienname Bestandteil der Firma ist (P. 39). Nach herrschender Meinung ist das Firmenrecht als eine Art des Namenrechtes an die Person des Firmenberechtigten in der Weise geknüpft, daß eine Zustimmung zur Firmenführung durch einen anderen nur freiwillig erfolgen, nicht erzwungen werden kann. Es würde dann nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen; die Einwilligungserklärung des Inhabers könnte nicht durch Pfändung und Überweisung oder durch Erklärung des Konkursverwalters ersetzt werden (§ 17 Anm. IIIb 4).

c. **Firma.** Auch die Bestimmungen des § 22 beziehen sich nur auf „Firmen" im Sinn des Handelsgesetzbuchs (§ 17 Anm. II, IIIa), aber mit dieser Beschränkung auch auf nichteingetragene (KGJ. 5 24, 13 26). Der § 22 setzt voraus, daß die bisherige Firma eine in erlaubter Weise gebildete ist (KG. 14 XII 03 EntschFG. 4 107 KGJ. 27 A 218); über nach früherem Recht zulässige, in einer nach neuem Recht unzulässigen Weise gebildete Firmen vgl. EGHGB. Art. 22. Über die Wirkung der Einwilligung eines Minderkaufmanns in Fortführung seines Handelsnamens durch den Geschäftserwerber vgl. § 17 Anm. IIb.

III. **Wirkung des Geschäftserwerbs** ohne Rücksicht auf etwa erteilte Einwilligung zur Firmenfortführung.

a. **Verbindlichkeiten und Forderungen.** Unter welchen Umständen sie im Verhältnis nach außen auf den Erwerber übergehen, bestimmen §§ 25—28. Tatfrage ist, ob der Geschäftsveräußerungsvertrag bereits eine genügende Abtretung der ausstehenden Geschäftsforderungen enthält (vgl. aber § 25 Abs. 1 Satz 2). In der Regel ist besondere Abtretung daneben nicht mehr erforderlich (ROH. 2 155, Cosack HR. § 14 III 1a). Dagegen wirkt die bloße Übergabe der zum Geschäft gehörenden Sachen für sich allein noch nicht als Abtretung der Geschäftsforderungen (Düringer-Hachenburg § 25 Anm. Va). Entsprechendes gilt bezüglich der Rechte, die nicht Forderungen sind.

b. **Sachen,** z. B. Geschäftseinrichtung, Warenvorräte, Werkzeuge. Durch einen Geschäftserwerbsvertrag erlangt im Zweifel der Erwerber den Anspruch, die Übertragung jener Gegenstände zu verlangen. Das Eigentum geht erst über, nachdem zu dem Erwerbsvertrag die Übertragungshandlung hinzugekommen ist.

c. **Handelsbücher** insbesondere. Der Erwerber hat im Zweifel ein Recht, die Aushändigung der auf den Betrieb des erworbenen Geschäfts bezüglichen Handelsbücher des Veräußerers zu verlangen, falls der Erwerber die Verbindlichkeiten und Forderungen, wenn auch nur im Verhältnis zu Dritten, übernimmt (ROH. 19 419); nicht jedoch, wenn dies nicht geschieht (ROH. 7 74; dagegen Staub Anm. 18). Im ersteren Fall behält der Veräußerer das Recht der Einsicht (und kann bei Bedrohung desselben die Bücher an sich behalten, BGB. §§ 229, 230 Abs. 2); jedoch nur soweit ein rechtliches Interesse, z. B. eine Inanspruchnahme wegen einer Gesellschaftsschuld, vorliegt, nicht auch zwecks Ausnutzung der Handelsbeziehungen (RG. 43 134). Im zweiten Fall ist es von den Umständen abhängig, ob ein Einsichtsrecht des Erwerbers als gewollt anzusehen ist. — Über die Zugehörigkeit der Handelsbücher zur Konkursmasse und zu dem vom Verwalter veräußerten Geschäft KO. §§ 1 Abs. 3, 117 Abs. 2.

d. **Medaillen und Anerkennungsschreiben.** Im Zweifel gelten sie nicht als mitübertragen (Riesenfeld, Bresl. Handelsgebr. 5). Sind sie mitübertragen, so ist im Zweifel der Veräußerer gegenüber dem Erwerber verpflichtet, sich ihrer nicht mehr für den eigenen Gewerbebetrieb zu bedienen (OLG. Dresden 16 IV 90 ZHR. 40 446). Die Bezeichnung als „Hoflieferant" ist nach Inhalt der in Preußen für die Verleihung geltenden Bestimmungen nicht übertragbar. Auch sonst sind Auszeichnungen, die nicht für Geschäftsleistungen verliehen wurden, unübertragbar (OLG. Dresden 16 IV 90 ZHR. 40 446).

e. **Telegrammadresse.** Ist für die Firma eine Telegrammadresse übertragen, so liegt in der

Übertragung der Firma im Zweifel zugleich auch die Übertragung der Telegrammadresse (OLG. Dresden 27 III 95 ZHR. 46 472). Ist das Geschäft ohne Firma übertragen, so kann eine Telegrammadresse nur dann als mitübertragen gelten, wenn diese Adresse keinen Wortbestandteil der Firma enthält.

f. **Zweigniederlassung.** Bei dem Verkauf eines Handelsgeschäfts geht im Zweifel eine Zweigniederlassung, da sie eine Art Zubehör bildet (RG. 21 4, 38 263, 406), mit über (ROH. 1 38, RG. 7 XI 91 JW. 572[6]).

g. **Für das Geschäft bestimmte Sendungen.** Der Veräußerer ist verpflichtet, auf Kosten des Erwerbers mitzuwirken, damit die nach Geschäftsveräußerung eingehenden, für das Geschäft bestimmten Sendungen an den Erwerber abgeliefert werden (RG. 55 124, Bolze 23 Nr. 155). Über die Behandlung von Postsendungen, die an eine gelöschte Firma gerichtet sind, vgl. § 157 Anm. V.

h. **Dienstverträge.** Vgl. § 59 Anm. II.

1. Übertragung bei Lebzeiten des Dienstberechtigten. Nach § 613 BGB. ist der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar. Bei Übergang des Geschäfts auf einen neuen Erwerber ist daher der Dienstverpflichtete an sich nicht genötigt, dem Erwerber Dienste zu leisten (RG. 58 257; bezüglich des Handlungslehrlings: D. 66). Andererseits hat auch der Dienstverpflichtete gegen den Erwerber keinen Anspruch auf Fortsetzung des Dienstverhältnisses (RG. 58 257), außer wenn für einen solchen Anspruch ein besonderer Rechtsgrund, z. B. eine vom Erwerber zugunsten des Dienstverpflichteten mit dem Veräußerer getroffene Vereinbarung gemäß BGB. § 328 Abs. 1, besteht. Beschäftigt der Veräußerer den Dienstverpflichteten künftig nicht entsprechend dem Dienstvertrag, so hat der Dienstberechtigte dies in der Regel zu vertreten (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IV b) und gerät daher in Verzug. Doch hat der Verzug in der Regel keine Schadensersatzpflicht zur Folge (BGB. § 675 Satz 2), wenn der Erwerber gegenüber dem Dienstverpflichteten sich bereit erklärt, diesen unter den bisherigen Bedingungen weiter zu beschäftigen, und wenn nach den Umständen des Falles dadurch eine irgend erhebliche Änderung des Vertragsinhalts nicht eintritt, und auch gegen die Persönlichkeit des Erwerbers keine Einwendungen vorliegen (ROH. 18 374). Erklärt der bisherige Geschäftsherr unter den eben erwähnten Umständen sich bereit, den Dienstverpflichteten im Geschäft des Erwerbers unter dessen Leitung weiter zu beschäftigen, so wird eine beharrliche Weigerung des Dienstverpflichteten, den Dienst in dieser Weise zu tun, dem bisherigen Geschäftsherrn einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung des Vertrages geben. Fährt der Dienstverpflichtete nach Übernahme des Geschäfts durch den Erwerber fort, dem letzteren Dienste zu leisten, so darf er im Zweifel annehmen, daß der Veräußerer diese Tätigkeit als eine Art der Erfüllung des früheren Vertrages wünscht und ihn hinsichtlich der weiteren Vertragserfüllung an den Erwerber als seinen (des Veräußerers) Vertreter verweist, so daß der Dienstverpflichtete den Anweisungen des Erwerbers folgen und sogar eine Entlassung durch letzteren als maßgebend ansehen darf, ohne dadurch seinen Vertragsanspruch gegen den Veräußerer zu verlieren (RG. 36 50; abweichend Goldmann § 70 Anm. 1 III 1 d). Inwieweit der Erwerber in solchem Fall dem Dienstverpflichteten bezüglich rückständiger Geschäftsverbindlichkeiten haftbar wird, richtet sich nach den Vorschriften des § 25. Dagegen haftet der Erwerber, wenn er vorbehaltslos die Dienste weiter entgegennimmt, kraft des hierin liegenden besonderen Verpflichtungsgrundes für die Zukunft selbst dann als Gesamtschuldner, wenn er die Firma nicht fortführt. Solange der Veräußerer nicht als Vertragspartei ausgeschieden ist, kann der Erwerber, wenn nicht die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Satz 2 vorliegen, Forderungen gegen den Dienstverpflichteten nur als Vertreter des Veräußeres geltend machen. Im Zweifel ist als Parteiwille anzusehen, daß soweit nach Obigem der Erwerber und der Dienstverpflichtete in ein unmittelbares Verhältnis zueinander treten, für beide alle Bestimmungen des ursprünglichen Dienstvertrages maßgebend bleiben (dagegen OLG. Jena 2 VII 92 ZHR. 42 512).

2. Tod des Dienstberechtigten bewirkt in der Regel keine Auflösung des Dienstvertrages, sowohl wenn der Dienstvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat

(BGB. §§ 675, 672), wie auch, wenn dies nicht der Fall ist (Planck³ § 620 Anm. 3c). Die Dienste sind künftig den Erben zu leisten; der Übergang von Todes wegen ist keine „Übertragung", BGB. § 613 daher nicht anwendbar. Nur die nach der Art der bedungenen Dienstleistung etwa im Einzelfall eintretende Unmöglichkeit der Leistung löst den Vertrag auf (BGB. §§ 323ff.); so namentlich, wenn die Dienste an die Person des Dienstberechtigten geknüpft sind. Auch kann unter besonderen Umständen in dem Wechsel der Person des Dienstberechtigten ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung des Vertrages liegen (BGB. § 626, HGB. § 70). So haben die Erben des Dienstberechtigten einen wichtigen Grund zu fristloser Kündigung, wenn sie für ihre Person nicht imstande sind, das Geschäft fortzusetzen, und wenn sie daher entweder das Geschäft auflösen oder veräußern (RG. 58 257). Bezüglich des Handlungslehrlings ist ausdrücklich bestimmt, daß im Fall des Todes des Lehrherrn das Lehrverhältnis von jeder Partei innerhalb eines Monats ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden könne (§ 77 Abs. 4).

IV. **Wirkung der Einwilligung zur Firmenfortführung**, wenn verbunden mit Geschäftserwerb.

a. **Fortführung** der Firma ist zulässig. Die Führung der Firma seitens des neuen Berechtigten muß als eine Fortsetzung der Führung seitens des früheren Firmeninhabers erscheinen. Der Veräußerer kann daher nicht eine Firma übertragen, die er zwar führen durfte, aber nicht geführt hat (RG. 6 II 04 HoldheimsMSchr. 229). Wer das Recht zur Fortführung einer bestehenden Firma mit dem Geschäft erworben, demnächst aber nur seinen Namen als Firma geführt hat, ist zwar berechtigt, auf die alte Firma zurückzugreifen (OLG. Dresden 21 II 89 ZHR. 37 530). Jedoch nur, wenn die Unterbrechung von nicht zu langer Dauer war, so daß die spätere Wiederaufnahme der Firma noch in gewissem Zusammenhang mit der früheren Führung steht. Anderenfalls erlischt die frühere Firma wie in sonstigen Fällen dauernden Nichtgebrauchs (§ 31 Anm. IIIb 1, zust. Opet ZHR. 49 121). Erwirbt jemand zwei Firmen, und führt er beide, miteinander vereinigt, als eine fort, so liegt in der Führung der neuen Gesamtfirma jedenfalls keine Fortführung einer der beiden früheren Firmen (RG. 50 119); ob eine solche Verschmelzung überhaupt zulässig, vgl. § 17 Anm. IIIc 1. — Über Weiterübertragung der Firma unten zu c 2, 3.

b. **Die Firma** darf fortgeführt werden.

1. Allgemeines. Im Belieben des neuen Firmeninhabers liegt es, ob er einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz aufnehmen (§ 22 Abs. 1 Satz 1), und ob er ihn der alten Firma voranstellen oder nachfolgen lassen (RG. 5 113; vgl. KGJ. 10 15) will. Er darf auch die alte Firma in Form eines Zusatzes zur neuen führen; auch hierin liegt eine Fortführung der alten Firma (RG. 56 189, vgl. § 37 Anm. Ia 3). Den von ihm gewählten Zusatz darf er später — soweit die den Grundsatz der Firmenwahrheit betreffenden Vorschriften beobachtet werden — durch einen anderen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz ersetzen (ObLG. München 8 III 00 EntschFG. 1 48 KGJ. 20 D 17 OLGRspr. 1 183; vgl. jedoch KG. 6 I 02 KGJ. 23 A 212), oder wohl auch einen angenommenen Nachfolgerzusatz wieder fortlassen. Ebenso wird Streichung unrichtig gewordener Firmenzusätze zuzulassen sein, z. B. der Hinweis auf ein inzwischen erloschenes Patent. Sonstige Änderungen der Firma, auch wenn sie unerheblich sind (KG. 11 VII 98 HoldheimsMSchr. 99 102) oder sonstige Zusätze (LG. Hannover 9 IV 91 KGJ. 11 393, KG. 3 VIII 94 ZHR. 46 473, OLG. Rostock 30 III 04 EntschFG. 4 158 KGJ. 28 A 310) oder Fortlassungen (OLG. Dresden 22 V 00 OLGRspr. 1 486) sind nach öffentlichem Recht nur unter den für die Neubildung einer Firma vorgeschriebenen Voraussetzungen zulässig, so daß, wenn letztere nicht vorliegen, auch eine Zustimmung des Firmenvorgängers unerheblich ist (KG. 14 XII 03 EntschFG. 4 107, OLG. Rostock 30 III 04 EntschFG. 4 158 KGJ. 28 A 310; vgl. LG. Frankfurt a. M. 31 VII 85 ZHR. 34 567; dagegen Staub Anm. 8). Ob bei Ausscheiden eines Gesellschafters dessen Name aus einer abgeleiteten Firma fortgelassen und im übrigen letztere weitergeführt werden darf, vgl. § 24 Anm. IIb.

2. Fortführung durch eine AG. oder KAG. Eine Ausnahme ist vorgeschrieben in § 22 Abs. 1 Satz 2 für den Fall, daß eine AG. oder KAG. eine bestehende Firma erwirbt;

sie muß dann den Zusatz „Aktiengesellschaft“ bzw. „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ hinzufügen. Eine AG. oder KAG. darf, wenn sie diesen Zusatz annimmt, auch eine Personenfirma fortführen, denn § 20 bezieht sich nur auf Neubildung von Firmen, und § 22 enthält für den Fall der bloßen Fortführung bestehender Firmen kein entsprechendes Verbot (dagegen KGJ. 12 23, 16 7 auf Grund des früheren Rechts).

3. Fortführung der Firma einer AG. oder KAG. seitens eines Einzelkaufmanns oder einer Gesellschaft, die nicht AG. oder KAG. ist. Zu unterscheiden ist, ob die bisherige Firma den Zusatz „Aktiengesellschaft“ bzw. „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ enthält oder nicht (letzteres für ältere Firmen zulässig nach Art. 22 Abs. 2 EGHGB.). Enthält sie keinen solchen Zusatz, so kann sie unverändert oder mit Nachfolgevermerk fortgeführt werden (§ 22 Abs. 1 Satz 1). Enthält sie einen solchen Zusatz, so muß entweder jener Zusatz künftig fortgelassen werden (D. 35), oder der Zusatz kann fortgelassen und ein Nachfolgevermerk hinzugefügt werden (§ 22 Abs. 1), oder endlich jener Zusatz kann zwar in der Firma belassen, es muß dann aber ein Nachfolgevermerk aufgenommen werden (RG. 15 111).

4. Genossenschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Das vorstehend zu 2 und 3 Erwähnte ist entsprechend auch anzuwenden auf den Fall einer Genossenschaft (GenG. § 3) und einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG. § 4).

c. **Für das Geschäft** darf die Firma fortgeführt werden. Der § 22 gestattet keine beliebige Verwendung der erworbenen Firma, sondern wie die Firma bei dem Erwerb mit dem Geschäft verknüpft ist, so bleibt sie auch bei der Fortführung an dasselbe gefesselt.

1. Umwandlung des Betriebs. Die Fortführung ist nur unter der Bedingung gestattet, daß das Unternehmen, für das sie bisher geführt wurde, im wesentlichen als dasselbe fortbesteht (RG. 1 264; gegen die Begründung dieses Urteils ZHR. 26 1, im wesentlichen weil der [vom RG. betonte] Grundsatz der Firmenwahrheit nur eine Verweisung auf die Person des Inhabers, nicht auf die Art des Unternehmens enthalte; gerade dies ist aber bei den abgeleiteten Firmen des § 22 nicht zutreffend für die erste Zeit nach dem Übergang). Läßt also der Firmenerwerber das erworbene Geschäft vollständig eingehen, und begründet er ein ganz neues Unternehmen, so darf er für das letztere die abgeleitete Firma nicht benutzen (RG. 1 262, 46 152). Dagegen darf nach öffentlichem Recht und im Zweifel auch im privaten Verhältnis zum Veräußerer die Firma fortgeführt werden auch für die an einen anderen Ort verlegte Niederlassung (OLG. Stuttgart 25 V 00 OLGRspr. 1 212). Ebenso steht eine bloße Ausdehnung oder Einschränkung des Betriebs nicht der Fortführung der Firma entgegen (RG. 46 151, RG. 8 II 02 JW. 186 [25], OLG. Dresden 13 X 88 ZHR. 37 531). Aber auch eine vollständige Umwandlung des Handelszweiges (Zweckes) oder des Betriebs des Unternehmens, wenn sie nur allmählich und ohne vollständige vorherige Abwicklung des früheren Unternehmens erfolgt, bewirkt nicht den Untergang des Firmenrechts (RG. 46 152; zust. Staub Anm. 7; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 3), denn während im Augenblick des Erwerbs die abgeleitete Firma wirtschaftlich nur ein Unternehmen bezeichnet, tritt sie und ihr Wert allmählich auch wieder in wirtschaftliche Beziehung zur Person des neuen Inhabers und kann dann, ohne daß darin eine Täuschung liegt, einen allmählichen Wechsel im Gegenstand des Unternehmens überdauern. Endlich ist auch zulässig, daß der Erwerber das Unternehmen teilt und für jede der mehreren so geschaffenen selbständigen Hauptniederlassungen die Firma fortführt (KGJ. 18 26).

2. Einwilligung des Erwerbers zur Fortführung durch späteren Erwerber. In der Bewilligung der Fortführung liegt im Zweifel auch das Recht zur Weiterveräußerung der Firma an einen neuen Erwerber des Geschäfts (Bolze 6 Nr. 170, KGJ. 13 30, 15 11). Auch das Recht zur Weiterveräußerung an den Erwerber nur eines der zum ursprünglichen Handelsgeschäft gehörigen Geschäftszweige nach inzwischen erfolgter Aufgabe des anderen (RG. 56 189). Aber nicht das Recht zur Weiterveräußerung an solchen Erwerber eines einzelnen vom Unternehmen abgesonderten Geschäftszweiges unter eigener Weiterführung der übrigen Geschäftszweige (RG. 56 189). — Hat der erste Erwerber nach

Erwerb mit Firma sich dem Veräußerer zur Firmenänderung verpflichtet, so ist er zu einer Weiterübertragung fortan nicht mehr berechtigt; da bei Übertragung von Rechten der gutgläubige Erwerber nicht geschützt wird, kann der Veräußerer seinen Anspruch auf Unterlassung der Firmenführung auch unmittelbar gegenüber demjenigen geltend machen, an den entgegen jener Verpflichtung das Firmenrecht weiter übertragen wird (dagegen Bolze 3 Nr. 232).

3. Zweigniederlassung insbesondere. Das Kammergericht (KGJ. 2 17, 9 17, 15 11, 14) nahm früher an, daß wenn eine Zweigniederlassung von der Hauptniederlassung getrennt und zu einem selbständigen Geschäft gemacht wird (selbst abgesehen von einem Wechsel des Inhabers), für das letztere eine bisherige abgeleitete Firma nicht beibehalten werden dürfe, vielmehr nur eine Firma, die durch den bisherigen Inhaber hätte neugebildet werden können. Eine Zweigniederlassung sei kein „Handelsgeschäft" im Sinn des § 22; hierzu werde sie erst durch die Loslösung vom Hauptgeschäft. Nicht folgerichtig wurde dagegen angenommen die Zulässigkeit der Veräußerung der Zweigniederlassung mit einer nicht abgeleiteten Firma (KGJ. 15 12), trotzdem diese durch die Veräußerung gleichfalls zu einer abgeleiteten wird. Ebenso wurde für zulässig erklärt die Veräußerung je einer Niederlassung mit der Firma an je einen der bisherigen, beide Niederlassungen betreibenden offenen Handelsgesellschafter, welche Alleinerben des Firmengründers waren (KGJ. 18 26). — Jene frühere Ansicht des KG. erscheint nicht zutreffend, da auch bei der Übertragung einer Zweigniederlassung das in ihr betriebene alte Geschäft auf den Erwerber übergeht, und die Sache nicht anders liegt, als wenn ein Kaufmann an mehreren Orten unter derselben Firma mehrere Hauptniederlassungen hat und die eine derselben mit der Firma veräußert. Das Kammergericht hat jetzt seine frühere Ansicht aufgegeben und erkennt an, daß vom Gesichtspunkt des öffentlichen Rechts zulässig sei, daß der Geschäftsinhaber das Geschäft mit abgeleiteter Firma dergestalt übertrage, daß die Firma für mehrere sich aus dem übertragenen Geschäft entwickelnde selbständige Geschäfte geführt werden dürfe (KGJ. 18 26). Ebenso ObLG. München 4 X 01 EntschFG. 2 233 KGJ. 23 D 16 in einem Fall nichtabgeleiteter Firma, aber ohne Beschränkung hierauf. — Mithin ist entscheidend dafür, ob der Erwerber einer abgeleiteten Firma eine Zweigniederlassung mit jener Firma getrennt veräußern darf, lediglich der Wille der früheren Firmeninhaber bei Erteilung ihrer Einwilligung zur Firmenfortführung (KGJ. 18 26). Das Kammergericht verlangt nun bei Weiterveräußerung einer Zweigniederlassung mit abgeleiteter Firma, daß dem Registergericht, das den neuen Erwerber als Firmeninhaber eintragen solle, der Nachweis, daß dies dem Willen des ursprünglichen Firmeninhabers entspreche, besonders geführt werde (KG. 24 III 02 OLGRspr. 4 462, 8 IV 03 OLGRspr. 7 148). Dies Verlangen erscheint jedoch nicht gerechtfertigt. Im Zweifel liegt in der Zustimmung zur Fortführung der Firma die Ermächtigung zur Erteilung der gleichen Zustimmung gegenüber einem späteren Erwerber (oben zu 2). Ferner ist der erste oder auch der zweite Erwerber berechtigt, die erworbene Firma für mehrere Niederlassungen zu verwenden, in die er das erworbene einheitliche Unternehmen zerschlagen hat (oben zu 1). Nicht wesentlich stärker aber ist das Interesse des ersten Veräußerers berührt, wenn der erste Erwerber verschiedene Niederlassungen, jede mit Firmenrecht, an verschiedene Personen weiterveräußert. Daher wird anzunehmen sein, daß im Zweifel die Ermächtigung hierzu in der einfachen Zustimmung zur Firmenfortführung liegt, und daß mithin dem Registerrichter nur diese Zustimmung nachgewiesen zu werden braucht, außer wenn die Zustimmungserklärung einen entsprechenden Vorbehalt enthält. — Ferner ist auch die Ansicht des Kammergerichts (KGJ. 13 30, 15 11) abzulehnen, daß die etwa erforderliche Genehmigung des ursprünglichen Veräußerers nicht noch nachträglich erteilt werden könne, denn öffentliche Interessen, die bei nachträglicher Genehmigung zur Änderung der Firma oder neu zu erteilender Einwilligung zur Fortführung (Anm. IIa 3) nach Veräußerung allerdings vorhanden sind (KGJ. 12 24), kommen im vorliegenden Fall nicht in Frage.

V. **Übernahme durch nutzungsberechtigten Fremdbesitzer** (§ 22 Abs. 2).

a. **Nutzungsberechtigter Fremdbesitzer.** Fremdbesitz liegt vor, wenn jemand (in der Regel als unmittelbarer Besitzer) eine Sache als einem Fremden gehörig besitzt. So z. B. als Nießbraucher,

Pfandgläubiger, Pächter (BGB. § 868, RG. 38 81) oder auf Grund ehelichen Güterrechts (D. 36; für das gesetzliche Güterrecht vgl. jedoch § 1 Anm. VIIb 5) oder Elternrechts. Es sind wohl auch Fälle denkbar, in denen § 22 Abs. 2 zur Anwendung kommt, ohne daß der Anspruch des Fremdbesitzers auf Überlassung des Geschäfts mit der Firma auf einem Vertrag beruht (dagegen RG. 59 32). Der § 22 Abs. 2 setzt voraus, daß dem Fremdbesitzer das Recht zu eigenem Geschäftsbetrieb zusteht. Daher ist § 22 Abs. 2 auf den Pfandgläubiger nur anwendbar, wenn ein Nutzungspfand bestellt ist.

b. **Die einzelnen zulässigen Gestaltungen.** Die Parteien können vereinbaren, daß nach außen der bisherige Geschäftsherr Inhaber der Firma bleibt und unter dieser allein berechtigt und verpflichtet wird (D. 36): dann findet keine Änderung der Firma statt, der Nießbraucher usw. kann nach außen handelnd nur insoweit auftreten, als er Handlungsvollmacht vom Firmeninhaber erhält, und das Nießbrauchsverhältnis ist nicht anzumelden und kommt daher auch nicht gemäß § 15 Abs. 1 für einen Dritten, dem es bekannt ist, in Betracht, ist vielmehr nur für die Verrechnung zwischen dem Nießbraucher und dem Geschäftsinhaber maßgebend. Der § 22 Abs. 2 gibt nun die fernere Möglichkeit, daß ein derartiger Geschäftsübernehmer zu Fremdbesitz die alte Firma als seine eigene in derselben Weise fortführt wie der sonstige Erwerber eines Geschäfts: dann ist er als Inhaber in das Handelsregister einzutragen; er haftet für die bisherigen Geschäftsschulden nach den Regeln des § 25 und wird aus den von ihm unter der Firma geschlossenen Geschäften allein verpflichtet (D. 36; vgl. jedoch § 25 Anm. Ib). Über die Haftung und die Rechte des Eigentümers des Geschäfts im Verhältnis zu Dritten s. § 26 Anm. II, III.

c. **Endigung.** Bei Endigung des Verhältnisses ist der Fremdbesitzer verpflichtet, das Geschäft mit der Firma auf den Eigenbesitzer zurückzuübertragen. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, so kann der Eigenbesitzer dennoch die frühere Firma — wenn sie nicht etwa in der Zwischenzeit erloschen ist — wieder gebrauchen, selbst solange er nicht in den Besitz des Geschäfts gelangt; für die erforderliche Anmeldung zum Handelsregister muß er jedoch die Einwilligung des Fremdbesitzers oder seiner Erben in die Rückübertragung der Firma oder eine entsprechende Entscheidung des Prozeßgerichts (§ 16 Abs. 1) beibringen. Der Fremdbesitzer ist auch verpflichtet, bei Rückübertragung des Geschäfts den Ausschluß der Haftung des Eigenbesitzers zu vereinbaren, damit der letztere in der Lage ist, sich die Bestimmung des § 25 Abs. 2 zu Nutzen zu machen.

§ 23.

Verbot einer Veräußerung der Firma ohne das Geschäft.

Die Firma kann nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden.

ADH. Art. 23. **Entw. I** § 21. **Entw. II** § 22.

I. **Veräußerung eines Handelsgeschäfts.** Über den Begriff des „Handelsgeschäfts" § 22 Anm. Ic, d. Über Veräußerung abgetrennter Geschäftszweige oder einzelner Handelsniederlassungen vgl. § 22 Anm. IVc 2, 3. Auch in § 23 ist vorausgesetzt, daß ein bestehendes Handelsgeschäft veräußert wird (§ 22 Anm. I b). Die „Veräußerung" ist möglich sowohl als eine Überlassung zu Eigentum wie auch als eine Überlassung zu Fremdbesitz, beides durch Erwerb sowohl unter Lebenden wie von Todes wegen (§ 22 Anm. I a und V).

II. **Veräußerung der Firma.**

a. **Firma.** Unter Firma ist nur eine Firma im Sinn des Handelsgesetzbuchs verstanden (§ 17 Anm. II, III a).

b. **Veräußerung.** Nach herrschender Meinung handelt es sich nicht eigentlich um eine Veräußerung der Firma, sondern um eine einseitige Erklärung des bisherigen Inhabers — deren Abgabe allerdings vertraglich bedungen sein kann — inhalts deren der bisherige Inhaber in die Fortführung durch den Erwerber willigt (RG. 9 106, RG. 2 IV 94 JW. 317[17]). Dementsprechend sind auch — im Gegensatz zu § 23 — die §§ 22 Abs. 1 Satz 1, 24 Abs. 2,

25 Abs. 1 Satz 2 gefaßt. Legt man jene Anschauung zu Grund, so würde auch nicht von einer Rechtsnachfolge in das Firmenrecht, sondern nur von einem Verzicht auf das eigene Untersagungsrecht des bisherigen Firmeninhabers gesprochen werden können. Diese Folgerung zeigt aber, daß der Ausgangspunkt nicht zutreffend ist; denn unerklärt bliebe, in welcher Weise der Firmenerwerber ein eigenes Untersagungsrecht gegenüber Dritten betreffs Gebrauchs derselben Firma erwirbt. Die Frage liegt bezüglich der Übertragung der Firma nicht anders als bezüglich der Übertragung anderer gewerblicher, mit einem Ausschließungsrecht verbundener Gebrauchsrechte. So ist z. B. anerkannt, daß die Übertragung eines Patents (Planck[3] § 413 Anm. 1) und sogar im Zweifel die Übertragung einer Lizenz (RG. 57 39) eine unmittelbare Übertragung des Rechts enthält. Daher wird auch bezüglich der Firma, trotzdem sie eine Art Namenrecht ist, eine Übertragbarkeit des Rechts sowohl unter Lebenden wie von Todes wegen anzunehmen sein. Das Firmenrecht ist ein Vermögensgegenstand (dagegen KG. 4 I 05 OLGRspr. 10 329). Der Erwerber unter Lebenden oder von Todes wegen ist im Zweifel Rechtsnachfolger, er erwirbt das alte Firmenrecht in vollem Umfang und mit Wirkung auch gegen Dritte, nicht etwa nur ein Forderungsrecht auf Gestattung des Firmengebrauchs. Allerdings ist möglich auch die Gestaltung, daß der bisherige Inhaber das Firmenrecht nicht überträgt, sondern nur auf ein eigenes Untersagungsrecht verzichtet (§ 37 Anm. IIIc): eine derartige Abrede hat aber anderen Inhalt als die Übertragung der Firma gelegentlich Übertragung des Geschäfts.

III. **Handelsgeschäft und Firma dürfen nicht getrennt veräußert werden.** Der Grund des Verbots liegt darin, daß die Firma ohne Geschäft ein Name ohne wirtschaftliche Unterlage wäre. Das Erfordernis der Gleichzeitigkeit der Veräußerung darf nicht zu streng aufgefaßt werden (§ 22 Anm. IIa 3). Wird nur das Handelsgeschäft veräußert, so geht die Firma nicht über (§ 22 Anm. IIa 1). Wird nur die Firma veräußert, so ist die Veräußerung nichtig (BGB. § 134; für den entsprechenden Fall des Zeichenrechts nimmt weitergehend RG. 56 371 Erlöschen auch für den Veräußerer an) und ein für die frühere Firma eingetragenes Warenzeichen geht nicht auf den Erwerber der Firma über (WarenZG. § 7 Abs. 1, RG. 29 XII 03 JW. 04 99[28]).

§ 24.

Teilweiser Wechsel der Geschäftsinhaber.

Wird Jemand in ein bestehendes Handelsgeschäft als Gesellschafter aufgenommen oder tritt ein neuer Gesellschafter in eine Handelsgesellschaft ein oder scheidet aus einer solchen ein Gesellschafter aus, so kann ungeachtet dieser Veränderung die bisherige Firma fortgeführt werden.

Bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, bedarf es zur Fortführung der Firma der ausdrücklichen Einwilligung des Gesellschafters oder seiner Erben.

ADH. Art. 24. **Entw. I** § 22. **Entw. II** § 23.

I. **Aufnahme eines Gesellschafters in ein bestehendes Handelsgeschäft oder eines neuen Gesellschafters in eine Handelsgesellschaft.** Der erstere Fall betrifft die Aufnahme in das Geschäft eines Einzelkaufmanns, der zweite die Aufnahme in das Geschäft einer Handelsgesellschaft. Nur in ersterem Fall muß das Geschäft schon und noch bestehen (§ 22 Anm. I b). Im Fall einer Handelsgesellschaft ist § 24 anwendbar, auch wenn der Wechsel des Gesellschafters eintritt, noch bevor der Betrieb, den die Gesellschaft bezweckt, begonnen hat. Daß die Firma in Zukunft nur „für das (bisherige) Geschäft" fortgeführt werden dürfe, ist hier (im Gegensatz zu § 22; vgl. § 22 Anm. IV c) nicht hervorgehoben; im Fall des § 24 wird daher eine solche Beschränkung nicht zuzugestehen sein (dagegen Staub Anm. 2). Allerdings läßt sich dann auf diesem Weg auch die hierauf bezügliche Vorschrift des § 22 leicht umgehen. — In diesen Fällen der Aufnahme eines Gesellschafters ist stets die Fortführung (§ 22 Anm. IV a)

der bisherigen Firma (§ 17 Anm. II, III a) zulässig. Entsprechend der Vorschrift des § 22 ist auch in allen Fällen des § 24 die Hinzufügung eines Nachfolgezusatzes zulässig (KGJ. 13 32), denn in einem solchen Zusatz liegt eine Annäherung an den Grundsatz der Firmenwahrheit; andere Änderungen an der Firma (z. B. die Aufnahme des Namens des Neueintretenden) sind nur zulässig, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Neubildung einer solchen Firma vorliegen (vgl. § 22 Anm. IV b 1).

II. **Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Handelsgesellschaft.**

a. **Gemeinsames.** Unter „Ausscheiden" (frühere Fassung: „Austreten"; vgl. RG. 30 148) ist sowohl ein freiwilliges wie unfreiwilliges Aufhören der Mitgliedschaft verstanden (Buch II Abschn. I Titel 4 Überschrift). Unerheblich ist, ob durch das Ausscheiden des Gesellschafters das Geschäft zum Geschäft eines Einzelkaufmanns wird, oder ob auch nachher als Inhaber noch eine Handelsgesellschaft verbleibt (KGJ. 13 32). Der verbleibende Gesellschafter hat in Ansehung des Rechts zur Firmafortführung nicht etwa die Stellung eines Dritten, der von der bisherigen Gesellschaft erwirbt (ObLG. München 8 III 00 EntschFG. 1 49 KGJ. 20 D 17); hierdurch unterscheidet sich der Fall des § 24 von dem des § 22. Welche Wirkungen außerhalb der firmenrechtlichen eintreten, wenn das von einer Gesellschaft betriebene Geschäft durch einen der Gesellschafter übernommen und fortgeführt wird, vgl. § 142 Anm. VI. Ob der Fortsetzende dem Registergericht seine Firmenzeichnung überreichen muß, vgl. § 31 Anm. IV. — Ob Fortdauer des bisherigen Geschäfts Voraussetzung für die Zulässigkeit der Firmenfortführung ist, vgl. oben Anm. I.

b. **Verschiedenheiten, je nachdem, ob der Name des Ausscheidenden in der Firma.**

1. War der Name des Ausscheidenden nicht in der bisherigen Firma enthalten, so darf auch nach dem Ausscheiden die bisherige Firma (§ 17 Anm. II, III a) fortgeführt (§ 22 Anm. IV a) werden, mit oder ohne Nachfolgezusatz (Anm. I), ohne daß eine Einwilligung des Ausscheidenden erforderlich ist. Der Name (= Familienname, § 19 Abs. 1 verglichen mit Abs. 3) eines Gesellschafters ist im Sinn dieser Bestimmung nur dann in der Firma enthalten, wenn ursprünglich mit jenem Namen dieser Gesellschafter, nicht etwa eine andere Person gleichen Familiennamens, bezeichnet werden sollte (RG. 8 VII 91 ZHR. 42 508 u. bei Bolze 13 Nr. 120). Durch Vertrag kann die Zulässigkeit der Fortführung auch für den Fall, daß der Name des Ausscheidenden nicht in der Firma enthalten ist, ausgeschlossen oder beschränkt, z. B. an die Einwilligung des Ausscheidenden gebunden werden (P. 41).
2. War der Name des Ausscheidenden (oben zu 1) in der bisherigen Firma enthalten, so darf die bisherige Firma (§ 17 Anm. II, III a) nur dann fortgeführt (§ 22 Anm. IV a) werden, wenn der ausscheidende Gesellschafter oder seine Erben (§ 22 Anm. II b) ausdrücklich ihre Einwilligung erklären (§ 22 Anm. II a). In der Nürnberger Konferenz wurde der Antrag abgelehnt, den Abs. 2 des Art. 24 (jetzt § 24) dahin zu fassen: „Jedoch ist beim Ausscheiden eines Gesellschafters dessen ausdrückliche Einwilligung in die Fortführung seines Namens in der Firma erforderlich" (P. 922). Die Fassung des Gesetzes ergibt, daß, wenn derjenige, dessen Name in der Firma enthalten ist, die Fortführung der unveränderten Firma nicht ausdrücklich gestattet, die Firma erlischt. Ob die zurückbleibenden Gesellschafter oder der das Geschäft allein Behaltende auch ohne jene Einwilligung die alte Firma mit Weglassung des Namens des ausgeschiedenen Gesellschafters führen können, entscheidet sich nach den Grundsätzen von der Befugnis, eine neue Firma anzunehmen (ebenso Goldmann Anm. 2 III, Lehmann Nr. 3; dagegen Staub Anm. 3; dahingestellt KGJ. 14 245). Selbst mit Bewilligung des Ausscheidenden ist eine derartige Änderung der Firma nur zulässig unter den durch das öffentliche Recht für die Neubildung einer Firma vorgeschriebenen Voraussetzungen. Eine Ausnahme ist nur anzuerkennen in den engen Grenzen (§ 22 Anm. IV b 1), in denen überhaupt kleine Änderungen an abgeleiteten Firmen zulässig erscheinen. — Verweigert der Ausscheidende die Fortführung seines Namens, so darf weder die alte Firma unverändert fortgeführt, noch eine neue, die diesen Namen enthält, angenommen, noch die alte Firma in einer das Nachfolgeverhältnis (§ 22 Anm. IV b) andeutenden

Weise in die neue Firma aufgenommen werden (RG. 5 113). — Durch Vertrag kann bestimmt werden, daß bei etwaigem demnächstigen Ausscheiden eines Gesellschafters seine Einwilligung zur Fortführung der Firma mit seinem Namen nicht erforderlich sei (P. 41).

IV. Übergang der Geschäftsforderungen und -verbindlichkeiten (§§ 25—28).

§ 25.

Erwerb unter Lebenden.

Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgetheilt worden ist.

Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist.

ADH. — **Entw. I** § 23. **Entw. II** § 24.

I. Unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft.
II. Fortführung unter der bisherigen Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz.
III. Folge der Firmenfortführung durch den Erwerber.
IV. Folge der Nichtfortführung der Firma durch den Erwerber.

I. **Unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft.** Die §§ 25—27 stehen zu den §§ 28, 130, 173 in demselben Verhältnis wie der § 22 zum § 24. Erstere (§§ 25—27) behandeln den Fall eines Erwerbs durch einen vollständig neuen Geschäftsinhaber, letztere (§§ 28, 130, 173) betreffen den Fall der nur teilweisen Änderung in den Personen der Geschäftsinhaber.

a. **Handelsgeschäft.** Vgl. § 22 Anm. I c, d. Ist nur eine von mehreren selbständig geführten Niederlassungen erworben, so haftet unter den Voraussetzungen des § 25 der Erwerber nur für die im Betrieb dieser Niederlassung entstandenen Geschäftsverbindlichkeiten (KG. 16 I 02 OLGRspr. 4 146).

b. **Erworben.** Vgl. § 22 Anm. I a 2. Über die Form des Erwerbsvertrags vgl. § 22 Anm. I a 3. Über die Wirkung des Erwerbs im Verhältnis des Erwerbers zum Veräußerer vgl. § 22 Anm. III. Unter „erwerben" versteht § 25, in Abweichung von der Fassung des § 22 (§ 22 Anm. I a), sowohl ein Erwerb zu Eigenbesitz wie auch eine bloße Übernahme zu Fremdbesitz (D. 36, Goldmann Anm. 1, Lehmann 91 Fußnote 2; dagegen Wolff ZHR. 47 257 Anm. 30; nur entsprechende Anwendung auf letzteren Fall lassen zu: Düringer-Hachenburg § 22 Anm. IV 2, Staub Anm. 1). Der § 25 ist anwendbar ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber im Handelsregister als nunmehriger Firmeninhaber eingetragen ist. Der § 25 setzt ein erworbenes Handelsgeschäft voraus; daher ist dem Fortführer der Firma, wenn kein „besonderer Verpflichtungsgrund" (unten Anm. IV b) vorliegt, der Einwand offen, daß kein rechtsgültiges Erwerbsgeschäft zustande gekommen sei (dagegen Staub Anm. 9).

c. **Unter Lebenden.** Ein Erwerb unter Lebenden ist auch der Erwerb eines Geschäfts im Weg der Erbteilung (D. 36). Der Erwerb durch Vermächtnis ist zwar nicht Erwerb unter Lebenden (vgl. BGB. § 1369; dagegen 12. Aufl., Bolte ZHR. 51 423), da unter Erwerb in § 25 die Erlangung eines Forderungsrechts mitbegriffen ist (§ 22 Anm. I a 2), der Vermächtnisnehmer aber durch das Testament, also bereits von Todes wegen, ein solches

Forderungsrecht erlangt (BGB. § 2174). Trotzdem ist § 25 auf den Fall des Erwerbs durch Vermächtnis entsprechend anzuwenden (Staub § 27 Anm. 32, Düringer-Hachenburg § 27 Anm. X, Lehmann § 27 Nr. 7, Goldmann § 25 Anm. 1). Das Gleiche gilt von dem Erwerb von Todes wegen durch Schenkungsversprechen für den Todesfall (BGB. § 2301 Abs. 1). Der § 27 behandelt nur denjenigen Erwerb von Todes wegen, der kraft gesetzlichen, testamentarischen oder vertraglichen Erbrechts eintritt.

II. **Fortführung unter der bisherigen Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz.**

a. **Fortführung.** Vgl. § 22 Anm. IV. Der § 25 ist anwendbar ohne Rücksicht darauf, ob der Übergang des Geschäfts oder der Übergang der Firma im Handelsregister eingetragen ist; doch kann die Eintragung nach anderen Richtungen (vgl. z. B. unten Anm. III c 1) erheblich werden. Die Wirkung des § 25 tritt nach dessen Wortlaut nicht ein, wenn der Erwerber zwar die Firma, aber nicht das Handelsgeschäft fortführt; indessen ist ein sachlicher Grund für diese Beschränkung nicht erkennbar, und daher auch auf diesen Fall der § 25 entsprechend anzuwenden (dagegen Staub Anm. 3). Eine Fortführung der Firma liegt nicht schon in jedem vereinzelten Gebrauchen, sondern nur entweder in wiederholtem Gebrauchen oder in einer Art des einmaligen Gebrauchens, aus der sich die Absicht dauernder Beibehaltung ergibt. Bezüglich des Erwerbs des Handelsgeschäfts kommt es behufs Anwendbarkeit des § 25 darauf an, daß ein rechtsgültiger Erwerb vorliegt (oben Anm. I b); bezüglich der Fortführung sowohl des Geschäfts wie der Firma kommt es nur darauf an, ob die Fortführung tatsächlich erfolgt. Auch wenn der Erwerber und Fortführer des Handelsgeschäfts unberechtigter Weise die Firma fortführt, haftet er nach § 25 Abs. 1 Satz 1 (wird jedoch nicht nach Satz 2 berechtigt). Wenn andererseits der Erwerber und Fortführer des Handelsgeschäfts, obgleich er das Firmenrecht erworben hat, tatsächlich die frühere Firma nicht fortführt, so haftet er nur gemäß § 25 Abs. 3 (OLG. Karlsruhe 12 VII 01 OLGRspr. 3 275).

b. **Firma.** Vgl. § 17 Anm. II. Die Wirkung des § 25 tritt auch ein, wenn die Firma nicht eingetragen ist. Keine „Firma" im Sinn des HGB. ist der Handelsname eines Minderkaufmanns (§ 4 Anm. IV, § 17 Anm. II b). Mithin ist § 25 nicht anwendbar auf den Erwerb des Handelsgeschäfts eines Minderkaufmanns (RG. 55 86, OLG. Rostock 4 III 84 ZHR. 34 566; dahingestellt RG. 17 99; dagegen Staub Anm. 29, Goldmann Anm. 1). Die Folgen der Fortführung von Handelsnamen, die nicht Firmen im Sinn des HGB. sind, müssen daher nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB. in Verbindung mit der Verkehrsauffassung beurteilt werden. Nach letzterer aber enthält die Fortführung eines Geschäfts unter dem früheren Handelsnamen im Zweifel die Erklärung des Erwerbers, daß er die Mithaftung für die Geschäftsverbindlichkeiten, soweit er sie im Verhältnis zum Veräußerer übernommen hat (RG. 38 175), auch nach außen hin übernehmen wolle (RG. 2 55, 17 98). Auch Abs. 3 ist nicht unmittelbar anwendbar auf Minderkaufleute, enthält indessen nichts anderes als was ohnedies nach gemeinbürgerlichem Recht gelten würde, so daß sachlich bei Erwerb eines minderkaufmännischen Geschäfts, falls der Handelsname nicht fortgeführt wird, dasselbe gilt, was Abs. 3 für das vollkaufmännische Geschäft bestimmt. — War die Firma des Minderkaufmanns eingetragen, so greift die Unterstellung des § 5 ein.

c. **Bisherige Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz.** Auch die Hinzufügung oder Fortlassung der die Gesellschaftsart kennzeichnenden Zusätze begründet keine Änderung der Firma im Sinn des § 25 (ebenso KG. 1 VII 01 KGBl. 99). Ebenso wohl nicht die Vornahme sonstiger kleiner Änderungen in den Grenzen, in denen dies bei abgeleiteten Firmen überhaupt zulässig ist (§ 22 Anm. IV b 1). Über Verschmelzung zweier Firmen § 22 Anm. IV a.

III. **Folge der Firmenfortführung durch den Erwerber (Abs. 1, 2).**

a. **Geschäftsverbindlichkeiten und -forderungen.** „Geschäftsverbindlichkeiten" (§§ 25 Abs. 3, 26 Abs. 1, 27 Abs. 1) ist gleichbedeutend mit „im Betriebe des Geschäfts begründete Verbindlichkeiten" (§ 25 Abs. 1) und „im Betriebe des Geschäfts entstandene Verbindlichkeiten" (§ 28 Abs. 1).

1. Verbindlichkeiten, Forderungen. Der Rechtsgrund der Verbindlichkeiten oder Forderungen ist unerheblich; die Bestimmung umfaßt daher Verbindlichkeiten und Forderungen nicht nur aus Verträgen (auch Schenkungen RG. 2 52; auf Erfüllung oder

Schadensersatz ROH. 1 38), sondern auch aus unerlaubten Handlungen oder sonstigen Gründen (D. 37), z. B. aus GewO. § 120 a, Haftpflichtgesetz § 2 (RG. 15 53) oder aus Zuwiderhandlungen gegen die Gesetze zum Schutz des geistigen Eigentums (RG. 15 128, 133). Über Verbindlichkeiten und Forderungen aus bestehenden Dienstverträgen vgl. § 22 Anm. III h. Über Rechte, die nicht Forderungen sind, vgl. unten zu c 4, § 22 Anm. III a.

2. Im Betrieb des Geschäfts begründet. Dies ist einer der mehreren im HGB. vorkommenden Ausdrücke (§ 343 Anm. I a), die alle auf den gleichen Begriff der Betriebszugehörigkeit (§ 343 Anm. II c 3) verweisen. Nur ist für § 25 erheblich, daß gerade zu dem betreffenden Unternehmen, nicht zu irgend einem Unternehmen des Veräußerers die Verbindlichkeit oder Forderung gehört (oben Anm. I a). Die Vermutungen des § 344 greifen auch im Fall des § 25 ein (§ 344 Anm. I b) und werden hier für den Umfang der Haftung des Geschäftserwerbers namentlich dann erheblich, wenn der Veräußerer nur ein Handelsgeschäft betrieb (RG. 24 X 04 JW. 05 56 [34]). Im Betrieb des Geschäfts begründet sind alle diejenigen Verbindlichkeiten und Forderungen, die mit dem Geschäftsbetrieb in so enger innerer Verbindung stehen, daß sie als eine Folge desselben erscheinen (RG. 15 54, 133, 58 23). So z. B. die auf Vertrag beruhende Verbindlichkeit zur Unterlassung eines bestimmten Zusatzes zu der Firma, unter der das Geschäft betrieben wird (RG. 58 22). Dazu gehören auch die bei Übernahme noch bedingten und betagten Verbindlichkeiten und Forderungen (§ 26 Abs. 2), namentlich solche aus noch nicht erfüllten zweiseitigen Verträgen (ROH. 8 385), z. B. Mietverträgen (RG. 10 X 05 JW. 687 [9]). Nicht anwendbar ist § 25 auf Privatschulden und Privatforderungen. Unerheblich ist, ob der Veräußerer Einzelkaufmann war, mithin in anderen Beziehungen seinen Gläubigern die Unterscheidung eines von seinem Privatvermögen verschiedenen Handlungsvermögens nicht angesonnen werden kann (ROH. 8 41). Erheblich ist, wenn auch nicht allein entscheidend, ob die fragliche Verbindlichkeit oder Forderung in den Handelsbüchern vermerkt ist (ROH. 8 42). Geschäftsschuld, nicht Privatschuld ist die von dem Gesellschafter im Namen der Gesellschaft eingegangene Verbindlichkeit (ROH. 18 118), unbeschadet eines etwaigen Schadensersatzanspruchs der Gesellschaft gegen den Gesellschafter wegen Eingehung jener Verbindlichkeit. Ob die von einem Erwerber dem Veräußerer versprochene Gegenleistung für das veräußerte Geschäft eine Geschäftsverbindlichkeit des Erwerbers ist und daher bei einer darauffolgenden Weiterveräußerung des Geschäfts mit der Firma auch den neuen Erwerber verpflichtet (verneinend ROH. 8 42, 11 152, Cohn in GruchotsBeitr. 42 53), hängt davon ab, ob in dem Geschäftserwerb bereits ein Beginn des betreffenden Gewerbebetriebes zu erblicken ist; hierüber § 1 Anm. II b. Als Geschäftsschuld wurde erachtet die von einem Gesellschafter persönlich gegenüber einem Gesellschaftsgläubiger bei dem Zwangsvergleich der Gesellschaft übernommene Verbindlichkeit zur Zahlung eines Betrages auf die Gesellschaftsschuld über die Zwangsvergleichssumme hinaus (Bolze 22 Nr. 509).

b. **Haftung für Geschäftsverbindlichkeiten (Abs. 1 Satz 1).** Aus dem Wort „haftet" geht hervor daß § 25 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 lediglich das Verhältnis des Erwerbes zu Dritten behandeln; für Abs. 2 ist dasselbe dort ausdrücklich gesagt, und auch Abs. 1 Satz 2 gibt nur eine Vorschrift für das Verhältnis gegenüber „den Schuldnern". Aus § 25 ist daher nichts über das Verhältnis des Erwerbers zum Veräußerer zu entnehmen; er enthält keine vertragergänzende Vorschrift. Die Haftung gegenüber Dritten aus § 25 tritt auch dann ein, wenn zwischen Erwerber und Veräußerer nichts über die Übernahme von Verbindlichkeiten und Forderungen vereinbart ist (außer falls wegen nicht genügender Bestimmtheit kein gültiger Erwerbsvertrag zustande gekommen, oben Anm. I b), oder wenn etwas von den Regeln des § 25 Abweichendes vereinbart (aber nicht eingetragen, § 25 Abs. 2) ist. Der Erwerber haftet auch für diejenigen Geschäftsverbindlichkeiten, die ihm nicht bekannt waren (ROH. 8 385, RG. 15 54, 17 98). Seine Haftung ist nicht begrenzt durch den Bestand des übernommenen Vermögens. Auf Grund einer vor Geschäftserwerb gegen den früheren Inhaber rechtskräftig festgestellten Geschäftsverbindlichkeit kann eine gegen den Erwerber vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels nachgesucht werden (CPO. § 729 Abs. 2). Dagegen wirkt ein nach Ge-

schäftserwerb gegen den Veräußerer ergehendes Urteil nicht gegen der Erwerber (Str. 74 350); war der Rechtsstreit schon vor Geschäftserwerb rechtshängig geworden, so greift jedoch CPO. § 325 ein. — Neben dem Erwerber bleibt der Veräußerer haftbar, jedoch (§ 26) nur während einer fünfjährigen Verjährungsfrist. Unter welchen Umständen seine Haftung schon früher erlischt oder nach Geschäftserwerb fortdauert, vgl. § 26 Anm. II, III. — Erwerber und Veräußerer sind in Ansehung der Geschäftsverbindlichkeiten Gesamtschuldner, so daß die Vorschriften des BGB. §§ 421—425, 426 Abs. 2 zur Anwendung kommen. Der § 426 Abs. 1 BGB. ist in der Regel nicht anwendbar, weil in dem Geschäftserwerbsvertrag in der Regel „ein anderes bestimmt" ist.

c. **Unterstellung des Übergangs der Geschäftsforderungen (Abs. 1 Satz 2).**

1. Voraussetzung ist außer Geschäftserwerb (oben Anm. I) und Firmenfortführung (oben Anm. II), daß die Tatsache der Firmenfortführung auf einer Einwilligung des bisherigen Inhabers oder seiner Erben (§ 22 Anm. II) beruht. Daß die Einwilligung „ausdrücklich" erteilt sei, ist im Fall des § 25 abweichend von § 22 nicht gefordert. Der Geschäftsschuldner, um sicher zahlen zu können, muß verlangen, daß der Erwerber ihm das Vorliegen jener drei Voraussetzungen nachweise. Der Nachweis des Geschäftserwerbs wird jedoch entbehrlich durch den Nachweis, daß die Eintragung des Erwerbers im Handelsregister mit Willen des Veräußerers erfolgt ist (§ 15 Anm. III d 3 α). Dafür ferner, daß die Eintragung des Erwerbers im Handelsregister mit Willen des Veräußerers, und daß seine Eintragung unter bisheriger Firma mit ausdrücklicher Bewilligung des Veräußerers geschehen ist, spricht, da der Richter vor Eintragung diese Umstände zu prüfen hat, eine — durch Gegenbeweis entkräftbare — Vermutung (§ 15 Anm. III a 1). Endlich liegt in der Eintragung infolge Anmeldung des Erwerbers in der Regel bereits eine Fortführung der Firma (§ 37 Anm. I b); dafür aber, daß eine etwa erfolgte Eintragung auf Grund einer Anmeldung des Erwerbers erfolgt sei, spricht wiederum die auf die Prüfungspflicht des Registerrichters gegründete Vermutung (§ 15 Anm. III a 1).
2. Unterstellung. Nur den Schuldnern gegenüber gelten die Forderungen als übergegangen. Der Abs. 1 Satz 2 bezieht sich nicht auch auf das Verhältnis des Erwerbers zum Veräußerer (vgl. oben zu b). Wer in diesem inneren Verhältnis Eigenberechtigter bezüglich der Forderungen ist, bestimmt sich nach dem Inhalt des Erwerbsgeschäfts. Auch für das Verhältnis zu anderen Personen, z. B. den Gläubigern des Veräußerers oder Erwerbers, gilt die Unterstellung nicht. Daher kann der Gläubiger des Veräußerers die nach Inhalt des Erwerbsvertrages nicht abgetretene Geschäftsforderung im Weg einer gegen den Veräußerer gerichteten Vollstreckung pfänden lassen.
3. Übergang der Forderungen. Der Erwerber gilt gegenüber den Schuldnern als allein berechtigt, und der Veräußerer hört auf, berechtigt zu sein. Eine Folge hiervon ist, daß der Veräußerer, wenn er auf Grund seiner Gesamthaftung von dem Dritten wegen einer Geschäftsverbindlichkeit in Anspruch genommen wird, die Geschäftsforderungen an diesen Dritten nicht aufrechnen kann (D. 37), er müßte denn letztere von dem Erwerber wieder sich abtreten lassen. Mit der Forderung gelten auch die Pfandrechte, Bürgschaften und sonstigen Nebenrechte als übergegangen (BGB. § 401). Der in § 25 unterstellte Forderungsübergang entspricht der in BGB. § 412 behandelten gesetzlichen Übertragung. Wie bei dieser, kommen neben § 25 die Vorschriften des BGB. §§ 407 ff. zur Anwendung, wonach der Schuldner, solange ihm der Übergang der Forderung nicht vorschriftsmäßig angezeigt worden ist, an den ursprünglichen Gläubiger leisten darf, es sei denn, daß der Schuldner den Übergang kennt. Nun wird zwar nicht (was Staub Anm. 16) annimmt die Anzeige durch Eintragung der Firma ersetzt. Den Übergang der Forderungen aber kennt der Schuldner, wenn er dessen drei Voraussetzungen (oben zu 1) kennt. Bezüglich einer dieser Voraussetzungen greift § 15 Abs. 2 ein, wonach der Schuldner, wenn der Erwerb des Geschäfts mit Firma im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist, diese Tatsache (als ihm bekannt) gegen sich gelten lassen muß, außer wenn er beweist, daß er sie nicht kannte oder kennen mußte. Auch bezüglich der übrigen beiden Voraussetzungen erleichtert eine erfolgte Eintragung die Beweislast des Erwerbers (oben zu 1). — Der

Dritte braucht den Übergang der Forderung nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn die Forderung nicht ohne Zustimmung des Dritten übertragbar ist. So z. B. bei Übertragung eines Mietrechts (BGB. § 549, KG 20 III 02 OLGRspr. 5 369).

4. Forderungen. Geschäftsforderungen gehen über, ohne Rücksicht auf ihren Rechtsgrund (oben Anm. IIIa 1). Der § 25 Abs. 1 Satz 2 ist dagegen nicht anwendbar auf den Übergang von körperlichen Gegenständen oder von Rechten, die nicht Forderungen sind.

d. **Abweichende Vereinbarungen (Abs. 2).**

1. Zulässigkeit. Sowohl bezüglich der Übernahme der Verbindlichkeiten, wie bezüglich des Erwerbs der Forderungen sind abweichende Vereinbarungen zwischen den Vertragschließenden zulässig und für diese bindend; den Dritten gegenüber erlangen sie Wirksamkeit nur unter den Voraussetzungen des Abs. 2. Der Abs. 2 findet aber nur Anwendung auf eine vor Beginn der Firmenfortführung, nicht auch auf eine erst später getroffene Vereinbarung. Kein Dritter ist der Konkursgläubiger in bezug auf die durch den Konkursverwalter bewirkte Veräußerung des Handelsgeschäfts (RG. 58 168). Liegt im Einzelfall die Übernahme eines Vermögens vor, so kann die Haftung des Übernehmers mit dem übernommenen Vermögen und den Ansprüchen aus dem Übernahmevertrag nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden (BGB. § 419 Abs. 3, unten Anm. IVb 2); eine darüber hinausgehende Haftung aber bleibt ausschließbar.

2. Inwieweit ist Kenntnis des Dritten erheblich? Die Eintragung und Bekanntmachung oder die Mitteilung sind nach Abs. 2 erfordert, damit eine abweichende Vereinbarung dem Dritten gegenüber wirksam wird. Eine anderweit erlangte Kenntnis der Vereinbarung steht dem Dritten nicht entgegen (RG. 19 IX 03 JW. 401 [15], Goldmann Anm. 2 II; dagegen Staub Anm. 20, anscheinend auch Wolff ZHR. 47 262 Anm. 42). Mithin ist der Eintragung mit folgender Bekanntmachung eine Art begründender Wirkung zuzuschreiben mit der Maßgabe, daß dieselbe Wirkung auch in anderer Weise, nämlich durch Mitteilung, herbeigeführt werden kann (§ 15 Anm. IIb). Die eine der in § 15 enthaltenen Regeln, nämlich die in § 15 Anm. Ia erwähnte, ist hiernach im Fall des § 25 Abs. 2 nicht anwendbar. Dann ist aber § 15 Abs. 1 in allen seinen Teilen unanwendbar. — Aber auch § 15 Abs. 2 und 3 sind unanwendbar auf den Fall des § 25 Abs. 2. Zwar nicht — was RG. 19 IX 03 JW. 401 [15] annimmt —, weil § 25 Abs. 2 die Eintragung nicht gebietet, sondern nur als — freiwillig herbeizuführende — Voraussetzung einer in § 25 Abs. 2 bestimmten Wirkung erwähnt (§ 15 Anm. IIIa 2). Aber weil in § 25 Abs. 2 die Worte „ist nur wirksam, wenn ... eingetragen und bekanntgemacht ..." ausgelegt werden müssen als gleichbedeutend mit „sind wirksam, wenn ... eingetragen und bekanntgemacht ...; andernfalls nicht wirksam", und weil daher die Anwendung des § 15 Abs. 2 auf den Fall des § 25 Abs. 2 zu einem der letzteren Vorschrift unmittelbar widersprechenden Ergebnis führen würde (RG. 19 IX 03 JW. 401 [15]). Demgemäß muß der Dritte eine eingetragene und bekanntgemachte, aber nicht mitgeteilte Vereinbarung auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie weder kannte noch kennen mußte, oder wenn er nur im Geschäftsverkehr mit einer Zweigniederlassung stand, und im Zweigregister keine Eintragung und Bekanntmachung erfolgt war. — Ob § 15 Abs. 3 entsprechend anwendbar, vgl. unten zu 3 δ.

3. Eintragung (und Bekanntmachung) oder Mitteilung.

α. Inhalt. Eintragung und Bekanntmachung oder Mitteilung wirken nur, insoweit sie deutlich sind (RG. 16 X 01 JW. 802 [11]). Genügend ist die Angabe, daß nur eine bestimmte Gattung von Schulden, z. B. Schulden aus Verträgen, übernommen seien (Cohn in GruchotsBeitr. 42 54), oder daß nur bestimmt aufgeführte einzelne Schulden oder Forderungen übernommen, oder daß bestimmt aufgeführte einzelne Schulden oder Forderungen nicht übernommen seien. Ist dagegen nur angegeben, daß Schulden von bestimmter Höhe laut einem nicht zu den Firmenakten überreichten Verzeichnis nicht übernommen seien, so ist dies unwirksam, da der Dritte nicht erkennen kann, ob die an ihn zu entrichtende Schuld in den nichtübernommenen enthalten ist (RG. 16 X 01 JW. 802 [11]). Doch genügt die Verweisung auf eine andere Stelle der

Firmenakten, z. B. auf ein Verzeichnis der übernommenen oder nicht übernommenen Schulden, wenn der Inhalt dessen, worauf verwiesen ist, unzweideutig ist (RG. 16 X 01 JW. 802 [11]). — Eintragungen (und Bekanntmachungen) oder Mitteilungen, die nicht der wirklich getroffenen Vereinbarung entsprechen, wirken nur, insoweit in der Anmeldung oder Mitteilung eine den Betreffenden bindende Kundgebung liegt (§ 15 Anm. III d 3 α). Erfolgen ohne Willensmangel widersprechende Mitteilungen nach einander seitens derselben Person, so kann daher der Dritte die ihm günstigere dieser Mitteilungen gegenüber dieser Person geltend machen. Erfolgen gleichzeitig einander widersprechende Mitteilungen seitens des Erwerbers und des Veräußerers, so ist gegenüber demjenigen, der das Richtige mitgeteilt hat, dessen Mitteilung maßgebend, während der Dritte gegenüber demjenigen, der das Falsche mitgeteilt hat, wählen kann, ob er die richtige oder die falsche Mitteilung zu Grund legen will (abweichend Düringer-Hachenburg Anm. IV, Staub Anm. 20, Goldmann Anm. 2, welche die wahre Mitteilung gelten lassen, und Wolff ZHR. 47 263 Anm. 45, der annimmt, daß gleichzeitig ankommende widersprechende Mitteilungen einander aufheben, so daß keine gilt).

β. Form. Über die Form der Anmeldung vgl. § 12. Die Mitteilung kann auch mündlich geschehen; sie ist wirksam, gleichgültig, ob sie seitens des Erwerbers oder des Veräußerers erfolgt. Auch durch einen Bevollmächtigten kann sie wirksam geschehen (vgl. jedoch BGB. § 180). Daher ist wirksam z. B. die Mitteilung des Ausschlusses des Forderungsübergangs, die durch Erklärung des Prozeßbevollmächtigten (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI d) in dem wegen der Forderung anhängigen Rechtsstreit erfolgt (RG. 28 IX 03 JW. 389 [19]). Mitteilungen, die nicht an den betreffenden Schuldner bzw. Gläubiger, sondern an andere Personen gerichtet wurden, sind ohne Belang (RG. 1 VII 01 KGBl. 99).

γ. Zeit. Die Eintragung und Bekanntmachung bzw. Mitteilung braucht, um die Haftung des Erwerbers auszuschließen, nicht notwendig der Fortführung des Geschäfts unter bisheriger Firma vorauszugehen; vielmehr genügt, daß sie sich unmittelbar an den Beginn der Fortführung anschließt (RG. 7 XI 03 JW. 04 8 [9]). Spätere Erklärungen dagegen sind wirkungslos (RG. 27 VI 03 HoldheimsMSchr. 245).

δ. Wirkt die Eintragung im Hauptregister auch für die Zweigniederlassung? Wollte man lediglich den Wortlaut des § 25 Abs. 2 zu Grund legen, so würde obige Frage ebenso wie für die Fälle der §§ 5 und 287 zu bejahen sein (§ 13 Anm. II c 3). Die gleiche Entscheidung würde sich daraus ergeben, daß die Anwendung des § 15, also auch des § 15 Abs. 3, verneint wird (oben zu 2). Dies Ergebnis würde indessen mit dem Bestreben des Gesetzgebers, durch § 25 Abs. 2 den Dritten möglichst zu schützen, nicht im Einklang sein. Es handelt sich hier nicht um eine Tatsache, die notwendig gleich für Haupt- und für Zweigniederlassung liegen muß; vielmehr ist möglich, daß Übergang der im Geschäftsverkehr der Hauptniederlassung entstandenen Geschäftsverbindlichkeiten und -forderungen, aber nicht der im Geschäftsverkehr der Zweigniederlassung entstandenen vereinbart wird und umgekehrt. Daher wird der Ansicht der Vorzug zu geben sein, daß § 15 Abs. 3 in der Weise entsprechend anwendbar ist, daß für die im Geschäftsverkehr mit einer in das Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung entstandenen Geschäftsverbindlichkeiten und -forderungen die Eintragung in einem anderen Register als dem jener Zweigniederlassung nicht die Wirkung des § 25 Abs. 2 herbeiführt.

e. **Ausländisches Recht.** Ist ein im Ausland bestehendes Geschäft erworben, so ist für die Wirkung der Firmenfortführung das ausländische Recht maßgebend (RG. 21 III 05 JW. 320 [9]). Ist nach dem maßgebenden ausländischen Recht keine Haftung des Firmenfortführers für frühere Geschäftsverbindlichkeiten begründet, so kann auch nicht auf EGBGB. Art. 30 die Anwendung des § 25 HGB. gestützt werden (RG. 21 III 05 JW. 321 [9]).

IV. **Folge der Nichtfortführung der Firma durch den Erwerber (Abs. 3).**

a. **Allgemeines.** Der Erwerber erhält Dritten gegenüber kein Recht auf die bisherigen Geschäftsforderungen, außer (§ 22 Anm. III a) soweit das Erwerbsgeschäft bereits eine

Abtretung dieser Forderungen enthält. Für die Geschäftsverbindlichkeiten (oben Anm. IIIa) haftet er in der Regel nicht. Er haftet jedoch für die Verbindlichkeiten (ohne hierdurch ein Recht auf die Forderungen zu erhalten), wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, sei es ein besonderer Verpflichtungsgrund gegenüber der Gesamtheit der Gläubiger, sei es nur gegenüber einem einzelnen Gläubiger. Gegenüber einem einzelnen Gläubiger kann eine Übernahme durch einen Übernahmevertrag nach BGB. §§ 414, 415 unter Ausschaltung des Veräußerers von der Mithaftung erfolgen. Oder auch durch häufende Schuldübernahme, so daß der Erwerber als Gesamtschuldner neben den Veräußerer tritt; die Übernahme einer solchen Mithaftung kann auch durch stillschweigende Willenserklärung geschehen (ROH. 15 75).

b. **Beispiele besonderer Verpflichtungsgründe gegenüber der Gesamtheit der Gläubiger.**

1. In handelsüblicher Weise erfolgte Bekanntmachung einer Übernahme der Verbindlichkeiten. Dieser Verpflichtungsgrund ist in § 25 Abs. 3 hervorgehoben.

α. Handelsüblich. Handelsüblich ist die Bekanntmachung durch Rundschreiben, auch durch Börsenanschlag (ROH. 4 5) oder Einrückung in Zeitungen (ROH. 3 182); als genügend ist auch zu erachten eine zu den Handelsregisterakten eingereichte und daher (§ 9 Anm. Ib) jedem zugängliche Erklärung der Schuldübernahme (RG. 8 66, vgl. RG. 59 213).

β. Bekanntmachung. Eine Bekanntmachung durch Rundschreiben oder in anderer durch besondere Benachrichtigung jedes einzelnen Gläubigers erfolgenden Form braucht nicht allen Geschäftsgläubigern gemacht zu sein (ROH. 1 67, 11 153); es genügt, wenn sie einer so erheblichen Zahl zugesendet wird, daß sich hieraus auf den Willen des Geschäftserwerbers schließen läßt, die Übernahme der Verbindlichkeiten solle dem Kreis der Geschäftsgläubiger überhaupt bekannt werden (RG. 17 98). In letzterem Fall verliert die Übernahme ihre Wirkung gegenüber den ohne Erwähnung im Rundschreiben von der Übernahme ausgeschlossenen Gläubigern auch dann nicht, wenn gerade an letztere das Rundschreiben nicht gesandt worden ist (RG. 38 177). — Nur wenn der Erwerber (oder ein anderer mit seiner Zustimmung RG. 38 174), nicht auch wenn nur der Veräußerer bekannt macht, wird ersterer verpflichtet.

γ. Übernahme der Verbindlichkeiten. Die Übernahme der Verbindlichkeiten muß bekanntgemacht sein, nicht nur die Übernahme des Geschäfts (ROH. 4 6, 16 272, RG. 50 120). Die Bekanntmachung ist selbständiger Verpflichtungsgrund (RG. 4 VII 00 JW. 662[15]). Soweit die hierin liegende Willenserklärung nicht, z. B. wegen Irrtums, wirksam angefochten wird, ist daher unerheblich, ob im Verhältnis des Erwerbers zum Veräußerer eine Übernahme der Verbindlichkeiten rechtsgültig erfolgt ist (RG. 38 176). Soll bei Ausschluß einzelner bestimmter Schulden von der Übernahme eine über den wirklichen Inhalt des zwischen den Vertragschließenden Verabredeten hinausgreifende Rechtswirkung verhindert werden, so müssen entweder in den allgemeinen Bekanntmachungen die ausgenommenen Gläubiger besonders als solche hervorgehoben, oder es muß spätestens gleichzeitig ihnen eine besondere Mitteilung darüber gemacht werden (RG. 38 177). Ein späteres Übereinkommen zwischen Veräußerer und Erwerber, wonach ersterer einen Teil der Verbindlichkeiten zurückübernimmt, und die Mitteilung dieses Übereinkommens an die Gläubiger ist unerheblich, selbst wenn letztere noch nicht gegen den Erwerber vorgegangen waren (ROH. 8 383).

2. Übernahme eines Vermögens. Der § 419 BGB. lautet:

„Übernimmt jemand durch Vertrag das Vermögen eines anderen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortbauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrags an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen.

Die Haftung des Übernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Beruft sich der Übernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung, so finden die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 entsprechende Anwendung.

Die Haftung des Übernehmers kann nicht durch Vereinbarung

zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden."

In welchen Fällen der Geschäftserwerb eine Übernahme des Vermögens enthält, vgl. § 22 Anm. I a 3.

3. Vertrag zu gunsten Dritter. Wenn Veräußerer und Erwerber vereinbaren, daß aus dem zwischen ihnen geschlossenen Vertrag Dritte (z. B. die bisherigen Geschäftsgläubiger) unmittelbar berechtigt werden sollen (ROH. 21 233), so tritt diese Wirkung ein (BGB. § 328). Verpflichtet sich der Erwerber zur Befriedigung der Geschäftsgläubiger, ohne die Schuld zu übernehmen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß die Gläubiger ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Erwerber erlangen sollten (BGB. § 329).

§ 26.

Haftung des Veräußerers. Verjährung.

Ist der Erwerber des Handelsgeschäfts auf Grund der Fortführung der Firma oder auf Grund der im § 25 Abs. 3 bezeichneten Bekanntmachung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftbar, so verjähren die Ansprüche der Gläubiger gegen den früheren Inhaber mit dem Ablaufe von fünf Jahren, falls nicht nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung schon früher eintritt.

Die Verjährung beginnt im Falle des § 25 Abs. 1 mit dem Ende des Tages, an welchem der neue Inhaber der Firma in das Handelsregister des Gerichts der Hauptniederlassung eingetragen worden ist, im Falle des § 25 Abs. 3 mit dem Ende des Tages, an welchem die Kundmachung der Uebernahme stattgefunden hat. Konnte der Gläubiger die Leistung erst in einem späteren Zeitpunkte verlangen, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkte.

ADH. — **Entw. I** § 24. **Entw. II** § 25.

I. **Verjährung.** Der § 26 ist dem § 159 nachgebildet. Er behandelt nur den Fall der Haftung auf Grund der Fortführung der Firma oder der in § 25 Abs. 3 bezeichneten Bekanntmachung. Liegt also ein anderer „besonderer Verpflichtungsgrund" vor, so kommen für die Verjährungsfrist nicht die Vorschriften des § 26 HGB., sondern die Vorschriften des BGB. §§ 195—197 in Betracht (D. 37). Auch in den Fällen des § 26 sind ferner die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Hemmung, Unterbrechung (vgl. auch RG. **10** 45, 47), Wirkung und vertragliche Änderung der Verjährung (vgl. § 159 Anm. II c—e) aushilfsweise maßgebend. Ist vor Eintritt der Mithaftung des Erwerbers rechtskräftig ein Anspruch gegen den Veräußerer festgestellt, so tritt trotz BGB. §§ 218—220 die Verjährung gemäß HGB. § 26 gegen den Veräußerer ein (§ 159 Anm. I c, Staub Anm. 3). Dagegen weicht HGB. § 26 dem BGB. §§ 218—220, es läuft also eine dreißigjährige Verjährungsfrist, wenn die rechtskräftige Feststellung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt. Der § 26 betrifft nur die Forderungen der Geschäftsgläubiger, nicht auch eine etwaige Forderung des Erwerbers gegen den Veräußerer. Die Verjährung gegen den Veräußerer läuft nur, wenn der Erwerber haftbar ist. Auch hier ist eine Firma im Sinn des HGB. (§ 17 Anm. II) vorausgesetzt. Für die Berechnung der Verjährungsfrist vgl. BGB. §§ 187, 188. Im Fall des § 25 Abs. 1 ist für den Anfang der Frist die Eintragung des neuen Erwerbers, nicht die Löschung des Veräußerers entscheidend, und zwar auch bezüglich der im Betrieb einer Zweigniederlassung entstandenen Verbindlichkeiten die Eintragung bei dem Register der Hauptniederlassung. Über den Zeitpunkt, wann die Kundmachung als erfolgt gilt, s. BGB. §§ 130 ff. Hatte vor Beginn der Verjährungsfrist des § 26 bereits der Lauf einer anderen Verjährungsfrist begonnen, so ist ihr Ende maßgebend, falls es vor dem Ende der fünfjährigen Frist des § 26 eintritt.

II. **Sonstige Befreiung des Veräußerers von der Mithaftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten.** Durch die Vorschriften des § 26 ist nicht ausgeschlossen, daß die Mit-

haftung des Veräußerers durch besondere Rechtshandlungen auch vor Ablauf der fünfjährigen Verjährung aufgehoben wird. So, abgesehen von Zahlung seitens des Erwerbers (BGB. §§ 267, 268, 422) oder ausdrücklichem Verzicht des Gläubigers (BGB. §§ 422, 425), durch Schuldübernahmevertrag zwischen dem Erwerber und dem Gläubiger (BGB. § 414, RG. 11 127). Ein solcher Schuldübernahmevertrag liegt nicht notwendig darin, daß der Gläubiger den Erwerber in Anspruch nimmt; vielmehr kann bei einer solchen Inanspruchnahme die Absicht obwalten, nur zuerst gegen jenen vorzugehen unter Vorbehalt des Anspruchs an den Veräußerer (RG. 19 255; über die umgekehrte Frage, ob der Erwerber durch Vorgehen des Gläubigers gegen den Veräußerer unter Umständen befreit wird, vgl. ROH. 8 383). Hatte der Veräußerer gekauft, so verliert der Gläubiger durch eine bei Fälligkeit an den Erwerber erfolgende Lieferung nicht bereits seinen Anspruch auch gegen den Veräußerer (RG. 31 47, RG. 18 IV 02 Holdheims MSchr. 03 179). War aber bedungen, daß die Lieferung gegen unbefristete Zahlung oder Wechselhingabe erfolgen solle, und gibt der Liefernde in einem solchen Fall die Ware an den Erwerber, ohne die sofortige Zahlung oder einen auch von dem Veräußerer unterschriebenen Wechsel zu verlangen, so hat er nach Ansicht des Reichsgerichts auf den alleinigen Kredit des Erwerbers hin geliefert und kann dann den Veräußerer nicht mehr in Anspruch nehmen (RG. 19 131, 31 47; vgl. 36 51). Indessen ist dies nicht als richtig zuzugeben (Staub Anm. 1), da in einem derartigen Verfahren für sich allein kein genügend deutlicher Verzicht auf den bereits auf Grund des früheren Vertragsschlusses bestehenden Anspruchs gegen den Veräußerer erblickt werden kann

III. **Haftung des Veräußerers für künftige Geschäftsverbindlichkeiten.** Ist bei Veräußerung des Geschäfts mit der Firma oder Ermächtigung eines Fremdbesitzers (§ 22 Anm. V) zum Gebrauch der Firma als der eignen (ROH. 21 306) die Eintragung der Änderung des Firmeninhabers (§ 31) versäumt, so bleibt der Veräußerer gemäß § 15 Abs. 1 haftbar, falls er nicht beweist, daß dem Dritten die Änderung bekannt war.

§ 27.

Erwerb durch Beerbung.

Wird ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung.

Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntniß erlangt hat, eingestellt wird. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist.

ADH. — **Entw. I** § 25. **Entw. II** § 26.

I. **Zu einem Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft.**

a. **Handelsgeschäft.** Vgl. § 22 Anm. I d.

b. **Nachlaß.** Dies bildet den Gegensatz zu dem „unter Lebenden erworben" in § 25. Unter den § 27 fällt nicht ein Erwerb durch Vermächtnis, durch Schenkungsversprechen für den Todesfall oder durch Erbteilung (§ 25 Anm. I c). In § 27 wird nicht unterschieden zwischen einem Erwerb kraft gesetzlichen Erbrechts und einem Erwerb durch letztwillige Verfügung. Auch der Erwerb eines Erbteils durch Erbvertrag (BGB. § 2278) gehört hierher.

II. **Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Erben.**

a. **Fortführung.** Vgl. § 25 Anm. II a.

b. **Erbe.** Vgl. BGB. § 1922 und oben Anm. I b. Daß der Fortführende in rechtsgültiger Weise Erbe geworden, ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 27. Ob er auch in

anderen Fällen haftet, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Der § 27 trifft auch den Fall, daß mehrere Erben gemeinschaftlich das Geschäft fortführen.

III. **Geschäftsverbindlichkeiten.** Vgl. § 25 Anm. III a. Nur bezüglich der Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten ist § 25 für anwendbar erklärt. Das Recht des Erben auf die Geschäftsforderungen bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. (D. 38) über die Rechtsnachfolge des Erben in Nachlaßforderungen. Bezüglich der Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten ist, da § 27 den § 25 für entsprechend anwendbar erklärt, auch bei dem Erben zu unterscheiden, ob er unter der bisherigen Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz (§ 25 Anm. II b, c) oder nicht unter der bisherigen Firma das Geschäft fortführt. Ob § 27 auf minderkaufmännische Betriebe anwendbar, vgl. § 25 Anm. II b.

IV. **Haftung des Erben.**

a. **Folge der Firmenfortführung.**

1. Unbeschränkte Haftung (§ 25 Abs. 1, entsprechend angewendet). Führt der Erbe die bisherige Firma fort, so haftet er für die Geschäftsverbindlichkeiten mit seinem ganzen Vermögen ohne Rücksicht auf die Vorschriften, die nach dem BGB. die Haftung beschränken (D. 38). Über die Rechte des Erben gegen Dienstverpflichtete vgl. § 22 Anm. III h 2. Das Eintreten der unbeschränkten Haftung wird indessen begrenzt durch die Bestimmungen des § 27 Abs. 2 (nachstehend zu 2) und wohl auch des § 25 Abs. 2 (nachstehend zu 3).

2. Schwebezeit (§ 27 Abs. 2).

α. Die während der Schwebezeit entstandenen Verbindlichkeiten. Aus § 27 Abs. 2 geht hervor, daß die Fortführung des Geschäfts während der Schwebezeit für sich allein nicht eine Annahme der Erbschaft enthält. Vielmehr liegt darin nur eine vorläufige Besorgung erbschaftlicher Geschäfte. Daher ist BGB. § 1959 auf Rechtsgeschäfte der Zwischenzeit entsprechend anwendbar, wenn der Erbe, der einstweilig fortgeführt hatte, demnächst die Erbschaft ausschlägt. Er haftet dem Dritten für die nach Erbanfall vorgenommenen Rechtsgeschäfte mit seinem ganzen Vermögen, falls er nach außen in eigenem Namen und nicht nur im Namen dessen, den es angehen werde, betrieben hat; im inneren Verhältnis zum neuen Erben hat er jedoch (BGB. § 1959 Abs. 1) in der Regel das Rückgriffsrecht. Da die Kosten der Zwischenverwaltung als zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehörig anzusehen sind (vgl. BGB. § 1967), haftet aber dem Dritten auch der neue Erbe (ebenso Goldmann Anm. 4; dagegen Staub Anm. 28) als Gesamtschuldner. Stellt der Fortführer innerhalb der Schwebezeit den Geschäftsbetrieb ein, ohne aber die Erbschaft auszuschlagen, so wird anzunehmen sein, daß es bei seiner unbeschränkten Haftung für die in eigenem Namen betriebenen Fortführungsgeschäfte verbleibt, selbst wenn im übrigen er nur beschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet.

β. Die vor Erbanfall entstandenen Verbindlichkeiten. Die unbeschränkte Haftung des Erben (oben zu 1) tritt nicht ein, wenn er innerhalb der in § 27 Abs. 2 bestimmten Frist die Fortführung des Geschäfts einstellt. Dies ist entsprechend auch auf den Fall anzuwenden, daß der Erbe zwar nicht die Fortführung des Geschäfts, aber die Fortführung der Firma einstellt und kein besonderer Verpflichtungsgrund (§ 25 Abs. 3) vorliegt. Einstellung der Fortführung liegt nur vor, wenn entweder Geschäft oder Firma völlig aufgegeben, nicht auch, wenn sie weiter übertragen werden (RG. 56 199; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. VII, Goldmann Anm. 2 und in Festgabe f. Wilke 128). Die Einstellung bewirkt nur, daß die Firmenfortführung als Grund unbeschränkter Haftung beseitigt wird; unberührt bleibt aber eine etwa ohnedies nach BGB. bestehende unbeschränkte Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten. Der § 27 Abs. 2 ist dahin zu verstehen, daß bei Fortführung der Firma die Folgen des § 25 Abs. 1 nicht sofort, weder aufschiebend noch auflösend bedingt, sondern erst bei Fristablauf eintreten (Bolte ZHR. 51 446). Daher darf der Fortführer gegenüber einer Klage wegen früherer Geschäftsverbindlichkeiten während der Schwebezeit des § 27 Abs. 2 sich auf BGB. § 2014 berufen, und er ist berechtigt zu fordern, daß der Vorbehalt der gemäß BGB. § 2014 aufschiebend bedingten Beschränkung seiner Haftung

in das Urteil aufgenommen werde (CPO. § 780). Eine nach Ablauf der Schwebezeit des § 27 Abs. 2 erfolgende Erbschaftsausschlagung beseitigt nicht mehr die unbeschränkte Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten.

γ. Frist. Der im § 27 Abs. 2 angezogene § 206 BGB. lautet:

„Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozeßfähig ist."

Die Frist zur Ausschlagung der Erbschaft beträgt sechs Wochen seit Kenntnis von dem Anfall und dem Grund der Berufung zur Erbschaft oder späterer Verkündung der letztwilligen Verfügung (BGB. § 1944 Abs. 1, 2) oder Kenntnis des Pflichtteilberechtigten von Beschränkung oder Beschwerung (BGB. § 2306). Sie beträgt sechs Monate, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Ausland gehabt hat, oder wenn sich der Erbe bei dem Beginn der Frist im Ausland aufhält (BGB. § 1944 Abs. 3). — Für die Frist des § 27 Abs. 2 ist lediglich die Kenntnis vom Anfall, ohne Rückfall auf Kenntnis vom Grund der Berufung oder von Beschränkung oder Beschwerung erheblich, und die Frist kann auch vor Verkündung der letztwilligen Verfügung beginnen. — Ob BGB. § 206 Abs. 2 auf den Fall des § 27 anwendbar, vgl. Bolte ZHR. 51 453.

Eintragung (und Bekantmachung) oder Mitteilung gegenteiliger Bestimmung (§ 25 Abs. 2 entsprechend angewendet). Der § 25 Abs. 2 ist anwendbar im Fall des § 27, wenn auf Grund eines Erbvertrages erworben wird, der eine von den Bestimmungen des § 25 Abs. 1 abweichende Vereinbarung enthält (Bolte ZHR. 51 457). Ob auch sonst der § 25 Abs. 2 überhaupt entsprechender Anwendung auf den Fall des § 27 fähig, ist bestritten. Verneinend Cohn in GruchotsBeitr. 42 63, Goldmann Anm. 1 und in Festgabe f. Wilke 125 ff., Lehmann Nr. 6, die annehmen, daß § 25 Abs. 2 durch § 27 Abs. 2 ersetzt ist. Düringer-Hachenburg Anm. V erachtet den § 25 Abs. 2 für entsprechend anwendbar auf den Fall, daß der Erblasser etwas von der Regel des § 25 Abs. 1 Abweichendes bestimmt hat. Staub Anm. 11 und Bolte ZHR. 51 458, 55 331 wollen allgemein zulassen, daß der mit Firma fortführende Erbe die in § 27 bestimmte Wirkung des Eintretens der unbeschränkten Haftung — soweit diese Haftung auf § 27 und nicht auf den allgemeinen Vorschriften des BGB. über Erbenhaftung beruht — beseitige, indem er eintragen und bekanntmachen läßt oder mitteilt, daß er die Übernahme der unbeschränkten Haftung für die bestehenden Geschäftsverbindlichkeiten ablehne. Die Ansicht Staubs und Boltes erscheint unzutreffend, da auch im Fall des § 25, wenn im Erwerbsgeschäft nichts über Ausschluß der Haftung bestimmt ist, die einseitige Erklärung des Erwerbers, daß er trotz Firmenfortführung nur entsprechend gemeinbürgerlichem Recht haften wolle, unwirksam wäre. Dagegen ist der Ansicht Düringer-Hachenburgs beizutreten; der § 27 Abs. 1 schließt den § 25 Abs. 2 nicht von der entsprechenden Anwendung aus; den Geschäftsgläubigern wird aber nicht zu nahe getreten, da auch im Fall des § 25 Abs. 2 eine Übertragung der Firma trotz Nichtübernahme der Schulden zulässig ist; überdies grenzt der von Düringer-Hachenburg vorausgesetzte Fall nahe an einen Erwerb kraft Vorausvermächtnisses, auf letzteren aber wäre gleichfalls § 25 Abs. 2 anwendbar.

b. **Folge der Nichtfortführung der Firma.** Führt der Erbe das Geschäft fort, ohne die frühere Firma fortzuführen, so haftet er gemäß den Regeln der gemeinbürgerlichen Erbenhaftung, also je nach Umständen unbeschränkt oder beschränkt. Auch wenn er im Einzelfall nach diesen Regeln nur beschränkt haftet, tritt dennoch (§ 27 Abs. 1, § 25 Abs. 3) in Ansehung der Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkte Haftung ein, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere, wenn er die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise bekannt macht (D. 38).

§ 28.

Hinzutritt eines Gesellschafters zu einem Einzelkaufmann.

Tritt Jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so haftet die Gesellschaft, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt, für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von einem Gesellschafter dem Dritten mitgetheilt worden ist.

ADH. — **Entw. I** § 26. **Entw. II** § 27.

I. **Eintritt als persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns.** Im ADH. waren entsprechende Bestimmungen nur für den Fall des Eintritts in eine bereits vorhandene Gesellschaft getroffen; jene Bestimmungen sind jetzt in die §§ 130, 173 (vgl. auch § 176 Abs. 2) übernommen. Der § 28 behandelt nur den Fall des Eintritts als Gesellschafter eines Einzelkaufmanns, der Hinzutretende mag Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist einer Kommanditgesellschaft werden. Der Eintritt ist im Verhältnis zu Dritten erst dann vollendet, wenn die neue Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist oder ihre Geschäfte begonnen hat (§ 123, ROH. 17 355; vgl. § 172 Abs. 1, § 176 Abs. 1). Wird eine Gesellschaft aus mehreren Geschäften bisheriger Einzelkaufleute gebildet, so ist § 28 bezüglich jedes der früheren Geschäfte anwendbar. Der § 28 ist nur anwendbar, wenn die entstehende Gesellschaft die Eigenschaft eines Vollkaufmanns hat, da bei minderkaufmännischen Vereinigungen nicht von einem „persönlich haftenden Gesellschafter" oder einem „Kommanditisten" gesprochen werden kann (§ 4 Abs. 2). Dagegen ist § 28 anwendbar, auch wenn der bisherige Einzelkaufmann Minderkaufmann war; denn der § 28 enthält keine Bestimmung, die auf jenen Minderkaufmann Anwendung finden soll (vgl. § 4 Anm. IV a), und knüpft seine Vorschrift auch nicht an die Fortführung einer „Firma", sondern an Fortführung des (nunmehr vollkaufmännischen) Geschäfts. — Liegt nicht der Eintritt eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns vor, sondern veräußert der bisherige Einzelkaufmann sein Geschäft an eine mindestens im inneren Verhältnis zur Zeit der Veräußerung bereits vorhandene oHG. oder KG., so findet nicht § 28, sondern § 25 Anwendung (Lehmann ZHR. 50 34), selbst wenn der Veräußerer gleichzeitig Gesellschafter der Erwerberin ist. — Über den Fall, daß zwar in Wahrheit ein Eintritt als Gesellschafter nicht erfolgt ist, die Eintragung als Gesellschafter im Handelsregister aber eingeführt ist, vgl. § 123 Anm. IV.

II. **Verpflichtung und Berechtigung der entstehenden Gesellschaft.** Da im Fall des § 28 die Person des Geschäftsinhabers nicht vollständig wechselt, sondern der bisherige Inhaber im Geschäft verbleibt, so bestimmt § 28, daß selbst wenn die Firma nicht fortgeführt wird, die strenge in § 25 **Abs. 1** vorgesehene Verantwortlichkeit, die Haftung für alle früheren Geschäftsverbindlichkeiten (§ 25 Anm. III a), eintritt, andererseits aber auch die Berechtigung der Gesellschaft bezüglich der früheren Geschäftsforderungen. In letzterer Beziehung ist der bisherige Einzelkaufmann von selbständiger Geltendmachung der Forderungen ausgeschlossen (§ 25 Anm. III c 3); dagegen kann er (anders als im Fall des § 25) auf solche Forderungen Einreden in beschränkter Weise gründen (§§ 129, 161 Abs. 2). Daraus, daß die Gesellschaft für haftbar bezüglich der früheren Geschäftsverbindlichkeiten erklärt ist, folgt, daß hierfür auch die einzelnen Gesellschafter, also sowohl der bisherige Einzelkaufmann wie der neu eintretende Gesellschafter (letzterer, falls er Kommanditist, nur bis zum Betrag seiner Einlage), unmittelbar den Gläubigern haften (D. 38, §§ 128, 171). Hat z. B. A einen gegen=

seitigen Vertrag geschlossen, dann den B in das Geschäft aufgenommen, ist demnächst A ausgetreten, während B das Geschäft erwarb und fortführte, so hat — wenn der Anspruch gegen den Dritten einseitig übertragbar war — der Dritte an B zu erfüllen, kann aber seinerseits sowohl von A wie auch von B als Gesamtschuldnern die Gegenleistung fordern (OLG. Breslau 4 XI 01 OLGRspr. 3 407). — Auch im § 28 (ebenso § 25 Abs. 2, anders dagegen §§ 130 Abs. 2, 173 Abs. 2) ist sowohl bezüglich der Geschäftsverbindlichkeiten wie bezüglich der Geschäftsforderungen eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarung zwischen dem Einzelkaufmann und dem eintretenden Gesellschafter zugelassen; dem Dritten gegenüber erlangt sie Wirksamkeit nur unter den Voraussetzungen des Abs. 2. — Über das frühere Recht 11. Aufl. Art. 113 Anm. 44 a, RG. 31 140, RG. 4 VII 00 JW. 662 [15].

V. Anzumeldende Tatsachen (§§ 29—36).

§ 29.

Neue Firma.

Jeder Kaufmann ist verpflichtet, seine Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung bei dem Gericht, in dessen Bezirke sich die Niederlassung befindet, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; er hat seine Firma zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

ADH. Art. 19. **Entw. I** § 27. **Entw. II** § 28.

I. **Anmelde- und Zeichnungspflichtiger** ist jeder Kaufmann (§ 1 Anm. IV). Doch sind Minderkaufleute ausgeschlossen (§ 4 Anm. IV b 1). Über juristische Personen s. § 33, über Körperschaften des öffentlichen Rechts § 36, über die einzelnen Handelsgesellschaften die Sondervorschriften in den sie betreffenden Abschnitten, über nichtrechtsfähige Vereine § 33 Anm. II, über Erbengemeinschaften und fortgesetzte Gütergemeinschaften § 105 Anm. I d 2.

II. **Zuständiges Gericht** ist das Registergericht (§ 8 Anm. I) jeder Handelsniederlassung. Also sowohl das der Hauptniederlassung, wie auch (§ 13) das jeder Zweigniederlassung. Falls ein von der Hauptniederlassung verschiedener Sitz vorhanden, außerdem das des Sitzes (§ 13 Anm. I c). Die Vf. d. Pr.JM. 7 XI 99 § 15 bestimmt: „Gehört ein Ort oder eine Gemeinde (§ 30 HGB.) zu den Bezirken verschiedener Registergerichte, so hat jedes Registergericht die an dem Orte oder in der Gemeinde bestehenden, in das Register eingetragenen Firmen, soweit es noch nicht geschehen ist, den anderen beteiligten Registergerichten mitzuteilen und diese von jeder entsprechenden neuen Eintragung sowie von jeder Änderung und Löschung der Firmen unverzüglich zu benachrichtigen. Dies gilt auch dann, wenn der betreffende Ort zu mehreren Bundesstaaten gehört."

III. **Form** der Anmeldung und Zeichnung. Hierüber bestimmt § 12.

IV. **Anzumeldende Tatsachen.** Durch die Anmeldung wird erklärt, daß der Anmeldende Kaufmann sei und unter der angegebenen Firma sein Handelsgewerbe betreibe, und nicht, daß er es erst künftig betreiben werde; der durch das Handelsregister dem Publikum kundgegebene Zustand soll der gegenwärtige sein (RG. 22 59, § 12 Anm. V d). Ob bei der oHG. und KG. bereits vor Betriebsbeginn anzumelden ist, vgl. § 106 Anm. II d.

a. **Firma.** Vgl. § 17 Anm. II, III a. Über die Folgen des unberechtigten Gebrauchs („Gebrauch" ist auch die von der Eintragung gefolgte Anmeldung (RG. 22 60) einer Firma s. § 37. Ist für einen Kaufmann eine Firma eingetragen, führt er aber seinen Betrieb tatsächlich nicht unter der eingetragenen sondern unter einer hiervon abweichenden nichteingetragenen Firma, so genügt er seiner Anmeldungspflicht bezüglich der letzteren Firma nicht durch Stellung eines den Vorschriften des § 12 nicht genügenden Berichtigungsantrags (OLG. Colmar 2 VII 02 OLGRspr. 5 274).

b. **Ort der Handelsniederlassung.**

1. Ort. Unter „Ort" im Gegensatz zu „Gemeinde" (in § 30 ist beides unterschieden) ist die im Handels- und sonstigen Verkehr gebräuchliche Benennung eines Bezirks zu verstehen (KGJ. 8 11, OLG. Dresden 31 III 88 ZHR. 37 529, ebenso Staub § 379

Anm. 10 bei Auslegung des § 379; dagegen Staub § 29 Anm. 3) im Gegensatz zu einer Benennung unter Bezugnahme auf die zu Zwecken der Staatsverwaltung erfolgte Begrenzung des Bezirks. „Ort" ist mithin z. B. eine größere Stadt mit ihren anstoßenden, wenn auch getrennt verwalteten Vorstädten, „Gemeinde" nur jene Stadt bis zur Grenze ihres Weichbildes. Die einzelnen Ortschaften, welche zusammen einen „Ort" im Sinn des HGB. bilden, brauchen sogar nicht räumlich ununterbrochen zusammenzuhängen; ebenso können sie sogar verschiedenen Bundesstaaten zugehören (KGJ. 8 11). In der Regel wird „Ort" einen weiteren, „Gemeinde" einen engeren Bezirk bezeichnen nicht umgekehrt, wie P. 920 vorausgesetzt.

2. Handelsniederlassung. Dies umfaßt sowohl Hauptniederlassung wie Zweigniederlassung (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III, weil Eintragung bei Zweigniederlassungen durch § 13 geordnet sei: dies trifft jedoch z. B. für die Anmeldung des Orts der Zweigniederlassung nicht zu). Auch die Zweigniederlassung ist eine „Niederlassung" (§ 13 Anm. I b, so vorausgesetzt § 68 Abs. 2, D. 26, bei Anwendung des WarenZG. § 23: RG. 41 67, des MustG. § 9: RG. 41 82, des UnlWG. § 2: RG. 44 363; dagegen für den früheren Art. 19 ADH. mit Rücksicht zum Teil auf die — jetzt geänderte — Stellung der Vorschriften über Zweigniederlassungen im ADH.: RG. 21 2, KGJ. 18 21). Über den Begriff der Niederlassung vgl. § 13 Anm. I b. Über den von der Niederlassung getrennten Sitz vgl. § 13 Anm. I c. Ob der Wohnsitz als solcher anzumelden, vgl. unten zu c. Besteht keine vom Wohnsitz getrennte Handelsniederlassung, so ist der Wohnsitz des Kaufmanns zugleich seine Handelsniederlassung und daher als solche anzumelden. So z. B. bei einem Privat-Börsenmakler, der alle Geschäfte an der Börse macht und dort die Schlußscheine ausstellt, ohne aber einen festen Stand dort zu haben, und der seine Bücher in der Privatwohnung führt (LG. I Berlin 9 VII 97 KGBl. 81).

3. Geschäftszweig, Lage des Geschäftsraums? Eine Vorschrift, daß auch die Lage der Geschäftsräumlichkeiten innerhalb des Ortes der Niederlassung (Straße, Hausnummer) und der Geschäftszweig anzumelden und einzutragen seien, ist nicht aufgenommen worden. Nach D. 39 soll hierdurch nicht ausgeschlossen sein, zum Zweck besserer Unterscheidung die Angabe des Geschäftszweiges und der Lage der Geschäftsräume bei der Anmeldung zu verlangen und in die Bekanntmachung der Eintragung aufzunehmen; es könne den Ausführungsverordnungen überlassen bleiben, die Gerichte, soweit nötig, mit entsprechender Anweisung zu versehen. Die Vf. d. Pr.JM. 7 XI 99 enthält keine solche Anweisung. Die Vf. d. Pr.JM. 12 VI 00 (JMBl. 439) empfiehlt den Registergerichten, die Beteiligten, wenn sie die Anmeldungen persönlich bewirken, zu befragen, ob sie die Bekanntmachung des Geschäftszweiges beantragen, und solchen Anträgen, sowohl wenn sie mündlich gestellt sind, wie auch dann, wenn sie gelegentlich der in öffentlich beglaubigter Form eingereichten Anmeldungen schriftlich erfolgen, stattzugeben, sofern nicht im einzelnen Fall Bedenken entgegenstehen. — Unzulässig ist jedenfalls die Ausübung eines Zwanges zur Herbeiführung einer Anmeldung des Geschäftszweiges und der Lage der Geschäftsräume, da eine gesetzliche Vorschrift, die allein eine Verpflichtung zu solchen Anmeldungen begründen könnte, fehlt. Eintragung von Geschäftszweig und Lage der Geschäftsräume erscheint, weil im Gesetz nicht als eintragungsfähig bezeichnet, nach allgemeiner Regel (§ 12 Anm. V c) unzulässig (ebenso Lehmann Nr. 2; dagegen Staub Anm. 4, Goldmann Anm. 1); selbst D. 39 und Vf. d. JM. 12 VI 00 nehmen nicht Eintragung, sondern nur Bekanntmachung in Aussicht. Über Bekanntmachung vgl. § 10 Anm. II a. — Bildet die Angabe des Geschäftszweiges einen Teil der Firma, so ist er als solcher anzumelden, einzutragen und bekannt zu machen.

c. **Inhaber.**

1. Name. Daß er ausdrücklich anzumelden sei, ist in § 29 nicht vorgeschrieben; vermutlich, weil der Name ohnedies aus dem Protokoll oder dem Beglaubigungsvermerk hervorgehen muß. Daß der Name des Inhabers einzutragen ist, geht aber aus § 31 Abs. 1 hervor, wonach auch eine Änderung des Inhabers zur Eintragung anzumelden ist. Die Vf. d. Pr.JM. 7 XI 99 § 29 Nr. 3 schreibt Eintragung des Namens und Vornamens vor.

2. Stand und Wohnort. Deren Anmeldung ist weder in § 29 vorgeschrieben, noch ist

aus § 31 Abs. 1 etwas darüber zu entnehmen, daß sie eingetragen werden sollten. Daher gilt beim Einzelkaufmann in dieser Beziehung dasselbe wie bezüglich des Geschäftszweigs und der Lage des Geschäftsraums (oben zu b 3). Für die oHG. und die KG. bestehen jedoch Sondervorschriften (§§ 106, 161 Abs. 2, 162). Die Vf. d. Pr. JM. 7 XI 99 § 29 Nr. 3 schreibt indessen auch bezüglich des Einzelkaufmanns die Eintragung von Stand und Wohnort vor. Ob die Anmeldung des Standes erzwingbar ist, läßt dahingestellt KG. 28 IX 03 ZHR. 55 296.

V. **Zeichnung.** Vgl. § 12 Anm. III. Über die Form der Zeichnung vgl. § 12 Anm. I. Nur die Firma, nicht auch — wie früher nach Art. 19 ADH. — die persönliche Unterschrift, ist zu zeichnen.

VI. **Prüfungsrecht und -pflicht des Registerrichters.** Vgl. § 12 Anm. VI.

VII. **Eintragung.** Vgl. § 12 Anm. V.

§ 30.

Unterscheidbarkeit der Firmen.

Jede neue Firma muß sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden.

Hat ein Kaufmann mit einem bereits eingetragenen Kaufmanne die gleichen Vornamen und den gleichen Familiennamen und will auch er sich dieser Namen als seiner Firma bedienen, so muß er der Firma einen Zusatz beifügen, durch den sie sich von der bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheidet.

Besteht an dem Orte oder in der Gemeinde, wo eine Zweigniederlassung errichtet wird, bereits eine gleiche eingetragene Firma, so muß der Firma für die Zweigniederlassung ein der Vorschrift des Abs. 2 entsprechender Zusatz beigefügt werden.

Durch die Landesregierungen kann bestimmt werden, daß benachbarte Orte oder Gemeinden als ein Ort oder als eine Gemeinde im Sinne dieser Vorschriften anzusehen sind.

ADH. Art. 20, 21 Abs. 2. **Entw. I** § 28. **Entw. II** § 29.

I. **Neue** Firma ist jede Firma (§ 17 Anm. II, III a), die innerhalb des betreffenden (§ 31 Anm. II) Orts bzw. Gemeindebezirks neu gebraucht (§ 37 Anm. I b) wird, gleichgültig ob ihre Eintragung überhaupt nachgesucht ist oder nicht, gleichgültig andererseits auch, ob ihre Eintragung etwa bereits (zu Unrecht) erfolgt ist. Nicht gehindert ist der fortgesetzte Gebrauch einer (wenn auch zu Unrecht) nicht eingetragenen (alten) Firma, auch nachdem später eine gleichlautende neuere Firma eingetragen wird. — Wird die Eintragung einer neuen Firma, die mit einer eingetragenen übereinstimmt, nachgesucht, so wird der Registerrichter nur in dem Fall, daß die Voraussetzungen für Erzwingung einer Löschung der älteren Eintragung von Amts wegen (HGB. § 37 Abs. 1, FGG. § 142) vorliegen, die Eintragung der neuen Firma bewirken dürfen; anders — vorbehaltlich der Entscheidung im Rechtsstreit — wenn nur ein privatrechtlicher Anspruch auf Löschung der älteren Firma (§ 37 Abs. 2) vorliegt (dahin ist ROH. 6 248 zu beschränken; vgl. auch RG. 29, 72).

II. **Unterscheidbarkeit** neuer Firmen.

a. **Bestehende und eingetragene** Firmen. Nur von diesen soll die neue Firma sich unterscheiden. Ist eine Firma eingetragen, bevor sie besteht (d. h. gebraucht wird; § 37), oder ist sie noch eingetragen, trotzdem sie zu bestehen aufgehört hat (§ 17 Anm. II a, RG. **29**, **69**, Bolze **15** Nr. 111; vgl. § 22 Anm. I b 2), so ist dies kein Hinderungsgrund für die Neueintragung einer gleichlautenden Firma. Das Vorhandensein einer nicht eingetragenen

Firma steht der Eintragung einer neuen gleichlautenden Firma nicht entgegen, auch wenn die nichteingetragene Firma die eines Vollkaufmanns ist. Nur die Eintragung, nicht die Veröffentlichung ist für erheblich erklärt. Als eingetragen gilt eine Firma auch dann noch, wenn im Register vermerkt ist, daß das Geschäft sich in Liquidation befindet (KG. 17 III 90 KGJ. **10** 17, Bolze **15** Nr. 112, OLG. Dresden 14 IX 87 ZHR. **37** 529, KG. 27 VI 04 OLGRspr. **9** 257, Opet ZHR. **49** 93 Anm. 121), denn dieser Vermerk ändert die Firma nicht, sondern gibt nur an, in welchem rechtlichen Zustand sie sich befindet (RG. **15** 105, **29** 68, OLG. Hamburg 13 VII 85 ZHR. **35** 235; vgl. § 153: „bisherigen"). Über die von anderem Ort in den neuen Bezirk verlegten Firmen vgl. § 31 Anm. II a.

b. **An demselben Ort oder in derselben Gemeinde** bestehende Firmen. Nur von diesen soll die neue Firma sich unterscheiden. Über die Bedeutung von „Ort" und „Gemeinde" s. § 29 Anm. IV b 1. Nach § 30 Abs. 4 kann die Landesregierung bestimmen, daß benachbarte Orte oder Gemeinden als ein Ort oder als eine Gemeinde im Sinn „dieser Vorschriften" (d. h. nur des § 30, D. 40) anzusehen sind. In Preußen sind nach PrAGHGB. Art. 1 Abs. 2 der Justizminister und der Minister für Handel und Gewerbe gemeinschaftlich zuständig zum Erlaß solcher Bestimmungen, und sind vor dem Erlaß in der Regel die Organe des Handelsstandes gutachtlich zu hören; solche Verfügungen sind am 2 XII 99 (JMBl. 557), 12 XII 99 (JMBl. 803), 30 VII 00 (JMBl. 529) und 25 IX 03 (JMBl. 229) ergangen. — Es wurde angenommen, daß in der Verschiedenheit des Ortes bei Gleichheit der Firmen (selbst bei denjenigen von AGen.) bereits ein genügendes Unterscheidungsmerkmal liege (M. 17, D. 40). Soweit eine unredliche Nachahmung fremder Firmen vorliegt, greifen auch jenseits der Grenzen des Ortes und der Gemeinde Waren ZG. §§ 14, 15 und UnlWG. § 8 ein (RG. 26 XI 01 JW. **02** 27[20]). Werden zwei Orte zu einem vereinigt (z. B. durch Aneinanderwachsen) oder zwei Gemeinden zu einer (z. B. durch Eingemeindung), so bleiben selbst gleichlautende Firmen der früher getrennten Bezirke gleichberechtigt und ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Eintragung nebeneinander bestehen, denn im Gesamtort oder der Gesamtgemeinde ist keine der früher in verschiedenen Einzelorten oder Einzelgemeinden bestehenden Firmen im Verhältnis zueinander eine „neue" (KGJ. **16** 11).

c. **Deutlich** soll die Unterscheidung sein. Da die Firma nach kaufmännischer Sitte genau so, wie sie einmal angenommen ist, z. B. auch mit genauer Beibehaltung etwaiger Abkürzungen, geführt wird, so genügen verhältnismäßig geringe Unterschiede (RG. **20** 73). Nicht nötig ist, daß die Firma auch, wenn sie in verstümmelter Form gebraucht wird, sich noch von einer anderen unterscheidet (RG. **20** 73). Unerheblich für den Grad der erforderlichen Unterscheidung ist, ob beide Firmen sich auf Geschäfte desselben Geschäftszweiges oder verschiedener Geschäftszweige beziehen (RG. **20** 73, KG. 3 XI 02 OLGRspr. **6** 110) und ob unlauterer Wettbewerb beabsichtigt wird (RG. **20** 73). Da ein Firmenzusatz der in § 18 Abs. 2 erwähnten Art Bestandteil der Firma ist (§ 18 Anm. I c 1), so sind deutlich unterschieden zwei Firmen, die gleiche Namen, aber deutlich unterschiedene Zusätze enthalten (RG. **35** 39, KG. 1 II 03 OLGRspr. **6** 339). Deutlich unterscheidet sich auch eine Firma mit Nachfolgezusatz von derselben Firma ohne Zusatz (ebenso Goldmann Anm. 1; dagegen Staub Anm. 4); ob aus einem anderen Grund der Inhaber einer dieser Firmen ein Untersagungsrecht gegenüber dem Inhaber der anderen hat, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Deutlich unterscheiden sich ferner zwei Firmen, die bei sonstiger Gleichheit zwei verschiedene Familiennamen enthalten (KGJ. **13** 29). — Für deutlich unterschieden wurden erachtet die Firmen „C. Meyer" von „Carl Meyer", „C. F. Meyer" von „F. C. Meyer", „C. H. Benecke & Co." von „Benecke & Co." (RG. **20** 73), „Barbarossa Brunnen E. B.", „Barbarossa Brunnen H. K." und Barbarossa Brunnen E. Br. & Co." (RG. **38** 84), „Restaurant à la Aschinger" und „Bierquelle nach Aschinger" (KG. 3 XI 02 OLGRspr. **6** 109), „Union deutsche Verlagsgesellschaft" und „Berliner Union Verlagsgesellschaft" (KG. 2 III 03 OLGRspr. **6** 342). — Eine Firma „George Meisel & Komp." wurde neben einer bestehenden Firma „George Meusel & Komp." nicht zugelassen (OLG. Dresden 11 VII 95 ZHR. **46** 471). Ebenso nicht eine Firma „Ernst von Spokelsen" neben einer Firma „Ernst & von Spokelsen"

(OLG. Hamburg 3 XII 00 OLGRspr. 2 91). Unzulässig erscheint neben der Firma „Automat-Gesellschaft mit beschränkter Haftung" eine neue Firma „Automat Aktiengesellschaft" (dagegen KG. 29 VI 03 KGJ. 26 A 217 OLGRspr. 7 344), weil ein die Gesellschaftsform bezeichnender Firmenzusatz abhängig von der Beibehaltung jener Gesellschaftsform ist (§ 22 Anm. III b) und daher, wenn demnächst z. B. die obige AG. in eine GmbH. umgewandelt würde, § 22 in Widerstreit zu dem so ausgelegten § 30 treten würde.

III. **Zusatz bei Gleichheit der Namen.** Es kommt nicht darauf an, welche Vornamen (§ 18 Anm. III b 1) und welchen Familiennamen (§ 18 Anm. III b 2) der Inhaber der alten, bereits eingetragenen Firma überhaupt hat, sondern welche von diesen Namen in der eingetragenen Firma enthalten sind; entsprechend bei dem Inhaber der neu einzutragenden Firma. Von zwei Kaufleuten „Karl Friedrich Müller" kann der eine die Firma „Karl Müller", der andere die Firma „Friedrich Müller" eintragen lassen, ohne daß ein Unterscheidungszusatz erforderlich ist. Der Zusatz soll eine deutliche (oben Anm. II c) Unterscheidung bewirken, er muß ein nach § 18 Abs. 2 erlaubter (§ 18 Anm. I c) sein. Das Vorstehende gilt sowohl für Hauptniederlassungen bezüglich des Orts und der Gemeinde der Hauptniederlassung, wie für Zweigniederlassungen bezüglich des Orts und der Gemeinde der Zweigniederlassung (§ 30 Abs. 3). Die Vorschrift für Zweigniederlassungen deckt auch andere als bloß durch Vornamen und Familiennamen übereinstimmende Firmen; dasselbe gilt trotz der beschränkteren Fassung des § 30 Abs. 2 auch für die Hauptniederlassung. Die Zweigniederlassung wird in der Regel dieselbe Firma haben wie die Hauptniederlassung, sie muß, wenn Gleichheit der Firmen am Ort der Zweigniederlassung bestehen würde, einen Unterscheidungszusatz erhalten (§ 30 Abs. 3), sie kann aber nach Belieben des Inhabers, auch ohne jene Voraussetzung der drohenden Firmengleichheit, entweder die Firma der Hauptniederlassung mit Unterscheidungszusatz oder eine ganz abweichende Firma erhalten (§ 17 Anm. III c 2).

§ 31.

Änderungen, Verlegung, Erlöschen.

Eine Aenderung der Firma oder ihrer Inhaber sowie die Verlegung der Niederlassung an einen anderen Ort ist nach den Vorschriften des § 29 zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Das Gleiche gilt, wenn die Firma erlischt. Kann die Anmeldung des Erlöschens einer eingetragenen Firma durch die hierzu Verpflichteten nicht auf dem im § 14 bezeichneten Wege herbeigeführt werden, so hat das Gericht das Erlöschen von Amtswegen einzutragen.

ADH. Art. 25 Abs. 1. **Entw. I** § 29. **Entw. II** § 30.

I. **Änderung der Firma oder ihrer Inhaber.**

a. **Änderung.** Die Vorschrift, daß die Änderung einzutragen ist, gilt ohne Rücksicht darauf, ob die geänderte Tatsache eingetragen war (ROH. 23 227, RG. 15 35, KG. 25 IV 01 KGBl. 100, 28 III 03 KGBl. 60; dagegen Wulff in ZHR. 42 1), und selbst, wenn die geänderte Tatsache nicht eintragungspflichtig war (RG. 15 35). Auch in diesen Fällen findet daher bei Nichteintragung der Änderung der § 15 Abs. 1 Anwendung (§ 15 Anm. III d 1). Um die hieraus folgenden fortdauernden Nachteile zu beseitigen, kann die ursprünglich versäumte Eintragung nachgeholt und im Anschluß hieran die Änderung eingetragen werden (ROH. 23 227, KG. 28 III 03 KGBl. 60).

b. **Firmenänderung.** Die Vorschrift betrifft nur Firmen im Sinn des HGB. (§ 17 Anm. II). Die Hinzufügung des Liquidationszusatzes ist keine Firmenänderung im Sinn des § 31 (§ 30 Anm. II a). Allerdings ist auf Grund anderer Bestimmungen das Vorhandensein von Liquidatoren anzumelden, aber diese haben die bisherige Firma mit Liquidationszusatz zu gebrauchen (§§ 148, 153, 296, 298); daß auch nicht Erlöschen der Firma eintritt, vgl. unten Anm. III 2. Der Fall der Änderung ist nicht ein besonderer Fall des Erlöschens

der Firma, sondern steht selbständig neben dem letzteren. Eine Änderung (und kein Erlöschen) der alten Firma liegt namentlich dann vor, wenn für denselben unverändert fortgeführten Gewerbebetrieb eine andere Firma gewählt wird (KGJ. 14 245).

c. **Inhaberänderung.** Eine Inhaberänderung, kein Erlöschen der Firma, liegt vor, wenn zwar in der Person des bisherigen Firmeninhabers das Recht zur Führung der Firma oder die Tatsache des Gebrauchens der Firma aufhört, aber ein anderer kraft einer vom bisherigen Inhaber abgeleiteten Rechtsnachfolge das Recht zur Führung derselben Firma erlangt hat. So auch im Fall des Übergangs der Firma von einem Einzelkaufmann oder einer oHG. oder KG. auf einen Verein mit Rechtspersönlichkeit, z. B. eine AG., KAG. oder GmbH.; in solchen Fällen ist in Preußen die Firma in der Ableitung A des Handelsregisters unter Hinweis auf die in Abteilung B bewirkte Neueintragung zu löschen (Vf. d. Pr.JM. 7 XI 99 § 31); nicht aber darf an ersterer Stelle ein „Erlöschen" der Firma eingetragen werden (KG. 9 VII 04 KGBl. 84 OLGRspr. 9 246). Anzumeldende Änderungen des Inhabers sind z. B. auch der Übergang der Firma auf einen der bisherigen Gesellschafter, der nach Ausscheiden der anderen das Geschäft fortführt (KG. 2 IV 02 EntschFG. 3 83 KGJ. 24 A 193 OLGRspr. 4 468), die Änderung infolge Erbganges (vgl. §§ 27, 105 Anm. Id 2), falls Geschäftsfortführung überhaupt stattfindet (Marcus in HoldheimsMSchr. 05 183), und die Änderung infolge Übernahme der Firma als eigener durch einen Fremdbesitzer (§ 22 Anm V). — Die Anmeldung einer Standesänderung des eingetragenen Firmeninhabers ist nicht erzwingbar (KG. 28 IX 03 ZHR. 55 295 OLGRspr. 7 342). — Nicht unter § 31 fällt die Änderung in den Personen gesetzlicher Vertreter, z. B. Liquidatoren oder Vorstandsmitglieder; hierfür bestehen Sonderbestimmungen.

II. **Verlegung der Niederlassung an einen anderen Ort.**

a. **Verlegung.** Sie ist zwar anzumelden, bewirkt aber kein Erlöschen der Firma überhaupt (OLG. Stuttgart 25 V 00 OLGRspr. 1 212), sondern nur ein Aufhören des Gebrauchs an dem früheren Ort der Niederlassung. Die Firma unterliegt an dem neuen Ort nicht den Vorschriften der §§ 18–20 über Neubildung von Firmen (RG. 20 171), wohl aber den im § 30 gegebenen Vorschriften, da sie für den neuen Bezirk eine „neue" ist. Wird die Verlegung des Sitzes einer AG., KAG., Gen. oder GmbH. beschlossen, so ist dieser Beschluß im Register nur des bisher zuständigen Registergerichts einzutragen (KG. 28 I 01 EntschFG. 2 31 KGJ. 21 A 269 OLGRspr. 2 337). Für die weitere Registerführung ist dann das Registergericht des neuen Sitzes zuständig (KG. 28 I 01 EntschFG. 2 30 KGJ. 21 A 267 OLGRspr. 2 336). Die Eintragung in das neue Register hat zu erfolgen auf Grund eines von den Vertretern des Vereins (nicht notwendig allen Vorstandsmitgliedern) gestellten Antrags, der nicht dieselben Erfordernisse hat wie der Antrag auf erstmalige Eintragung des neugegründeten Vereins; die urkundlichen Grundlagen hat das neue Registergericht von Amts wegen sich von dem bisherigen Registergericht zu beschaffen (KG. 28 I 01 EntschFG. 2 32 KGJ. 21 A 270).

b. **Niederlassung.** Vgl. § 29 Anm. IVb 2.

c. **Ort.** Nur die Anmeldung der Verlegung an einen anderen „Ort" (= Handelsplatz, § 29 Anm. IVb 1), nicht auch einer Verlegung in eine andere „Gemeinde" innerhalb desselben Ortes, ist vorgeschrieben. Dies entspricht der Vorschrift des § 29, wonach auch bei der ersten Anmeldung der Firma nur der „Ort" (nicht die „Gemeinde") der Niederlassung anzugeben ist. Auch ohne ausdrückliche Vorschrift im Gesetz wird aber eine Anmeldung der Verlegung dann verlangt werden müssen, wenn die Verlegung zwar innerhalb desselben Handelsplatzes, aber in einen anderen Registergerichtsbezirk erfolgt; anderenfalls würde man nicht mehr sicher sein können, daß das Register eines Gerichts alle eingetragenen Firmen dieses Registerbezirks enthält (vgl. auch Vf. d. Pr.JM. 7 XI 99 § 15, abgedr. HGB. § 29 Anm. II).

III. **Erlöschen der Firma.**

a. **Firma** (§ 17 Anm. II, IIIa). Eingeschlossen sind — nach früherem Recht war dies bestritten — die Firmen von Handelsgesellschaften, auch der Aktiengesellschaften (§§ 6 Abs. 1, 157 Abs. 1, 302 Abs. 1, D. 40).

b. **Erlöschen.** Über die Unterscheidung des Erlöschens der Firma von Änderung der Inhaber

vgl. oben Anm. I c. Das Erlöschen kann entweder ein tatsächliches oder ein rechtliches sein. In beiden Fällen wird das Erlöschen nicht dadurch hintangehalten, daß die Firma noch im Handelsregister eingetragen ist (RG. 22 60, KG. 27 VI 04 KGJ. 28 A 44).

1. Tatsächliches Erlöschen kann eintreten durch andauernden Nichtgebrauch. So namentlich bei Nichtgebrauch infolge Aufgebens (§ 22 Anm. I b) des Geschäfts (KGJ. 18 16). Jedoch nur, wenn der Wille des Firmeninhabers, die Firma aufzugeben, klar erkennbar geworden ist (RGSt. 23 349). Das Aufgeben des betreffenden Geschäfts ist nicht an sich Erlöschungsgrund (dagegen RG. 29 69), denn die Firma ist nicht Name des Geschäfts, sondern Handelsname des Geschäftsherrn (§ 17 Anm. III b 1); sie darf daher, wenn nicht — wie in der Regel bei abgeleiteten Firmen — ein öffentlichrechtliches Verbot entgegensteht, von dem Geschäftsherrn für ein neues Geschäft weitergeführt werden, ohne daß vorherige Eintragung des Erlöschens und Neueintragung erforderlich wäre.
2. Rechtliches Erlöschen tritt ein in den Fällen, in denen die Firma übertragen ist, so daß der Veräußerer sie nicht mehr fortführen darf, gleichzeitig aber auch der Erwerber nach öffentlichem Recht nicht ermächtigt ist, die übertragene Firma zu führen. Ob dieser Fall bei Veräußerung der Firma ohne Geschäft eintritt, vgl. § 23 Anm. III. Ferner tritt rechtliches Erlöschen in den Fällen ein, in denen infolge Veränderung des Umfanges oder der Art des Gewerbetriebs die Berechtigung zur Führung einer Firma für diesen Gewerbebetrieb erlischt; so z. B. wenn der Betrieb aufhört, ein gewerbsmäßiger zu sein, oder wenn der Umfang eines früher vollkaufmännischen Geschäfts dauernd auf den Umfang des Kleingewerbes zurücksinkt, oder wenn der bisher in mehr als handwerksmäßiger Art geführte Betrieb dauernd zu einem nur in handwerksmäßiger Art geführten sich umwandelt. — Weder Liquidationsbeginn (§ 30 Anm. II a, § 153 Anm. I) noch Konkurseröffnung (§ 32 Anm. III) bewirken ein Erlöschen der Firma. Dagegen erlischt die Firma bei Liquidationsbeendigung einer Handelsgesellschaft, unbeschadet der Zulässigkeit vorheriger Übertragung an einen anderen (§ 302 Anm. III a).

IV. **Anmeldung nach den Vorschriften des § 29.** Hierzu gehört die Zeichnung der Firma zur Aufbewahrung bei Gericht. Eine solche Zeichnung muß z. B. auch durch den einzelnen Gesellschafter erfolgen, der die Firma der früheren Gesellschaft fortführt, auch wenn er als früherer vertretungsberechtigter Gesellschafter die Firma bereits gezeichnet hatte (KG. 2 IV 02 EntschFG. 3 83). Wer anmeldungspflichtig, vgl. § 29 Anm. I; bei Anmeldung des Ausscheidens eines Gesellschafters der oHG. vgl. § 143 Anm. II.

V. **Löschung von Amts wegen.** Der § 31 Abs. 2 Satz 2 bezieht sich nur auf Löschungen der Firma von Amts wegen und ersetzt das nunmehr durch EGHGB. Art. 8 Nr. 1 aufgehobene G. 30 III 88 (RGBl. 129). Das Verfahren ist jetzt geregelt durch FGG. § 141. Kann die Anmeldung des Erlöschens durch die Verpflichteten nicht herbeigeführt werden (z. B. weil der Anmeldungspflichtige nicht zu ermitteln ist, oder weil Ordnungsstrafen wegen Vermögenslosigkeit des Bestraften oder aus anderem Grund erfolglos bleiben), so hat das Gericht das Erlöschen von Amts wegen einzutragen. Gleichzeitig sind dann die etwa eingetragenen Prokuren zu löschen (D. 40). — Neben § 31 Abs. 2 Satz 2 gelten die Vorschriften des FGG. §§ 142 ff. über Löschung aller Arten unzulässiger Eintragungen. Ist z. B. unter Verstoß gegen § 31 Abs. 2 Satz 2 eine Löschung von Amts wegen eingetragen, trotzdem die Herbeiführung einer Anmeldung möglich war, so kann in der Regel der Löschungsvermerk von Amts wegen gemäß FGG. §§ 142 ff. wieder gelöscht werden (KG. 27 VI 04 KGJ. 28 A 43); nicht jedoch wenn die Löschung sachlich zutreffend war (vgl. zu FGG. § 142, abgedr. hinter HGB. § 16).

§ 32.

Konkurs.

Wird über das Vermögen eines Kaufmanns der Konkurs eröffnet, so ist dies von Amtswegen in das Handelsregister einzutragen. Das Gleiche gilt von der Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses sowie von der Einstellung und Aufhebung

des Konkurses. Eine öffentliche Bekanntmachung der Eintragungen findet nicht statt. Die Vorschriften des § 15 bleiben außer Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 30. **Entw. II** § 31.

I. **Verhältnis zum früheren Recht.** Die Vorschrift ist in das HGB. neu aufgenommen. Sie galt vorher schon vielfach auf Grund von Landesgesetzen; für Preußen vgl. Pr. EGADH. v. 1861 Art. 13 u. Pr. AGKO. 6 III 79 § 13). Die Bestimmung gilt auch für die GmbH. (§ 6 Abs. 1; der § 64 Abs. 3 G. 20 IV 92 ist aufgehoben durch EGHGB. Art. 11 Nr. XVI).

II. **Eintragung.** Über die Benachrichtigungspflicht des Gerichtsschreibers des Konkursgerichts vgl. KO. §§ 112, 116, 163, 190, 198, 205. Die Eintragung hat von Amts wegen zu geschehen (vgl. § 12 Anm. V a). Die Bekanntmachung unterbleibt (vgl. § 10 Anm. II b). Der § 15, insoweit er die in § 15 Anm. I b und c aufgeführten Regeln enthält, bleibt außer Anwendung. Die nicht eingetragene Konkurseröffnung, -einstellung und -aufhebung kann noch weitergehend als nach der in § 15 Anm. I a aufgeführten Regel selbst demjenigen Dritten, der die Tatsache nicht kannte, entgegengesetzt werden.

III. **Fortbestehen der Firma trotz Konkurses.** Ebensowenig wie der Liquidationsbeginn (§ 31 Anm. III b) bewirkt der Konkurs das Erlöschen der Firma eines Einzelkaufmanns (KGJ. 13 37). Auch eine Gesellschaft kann nach Aufhebung des Konkurses durch Zwangsvergleich oder durch Einstellung wieder aufleben (§§ 144, 307 Abs. 2; vgl. RG. 28 133) und dann die frühere Firma fortführen. Die Firma geht auch nicht dadurch unter, daß die Konkursgläubiger das Aufgeben des zugehörigen Handelsgeschäfts beschließen und durchführen, denn auf den Aufgebungswillen des *Gemeinschuldners* kommt es an (KGJ. 13 40). Nur der Gemeinschuldner, nicht der Konkursverwalter, kann nach herrschender Meinung über die Firma verfügen und z. B. sie veräußern (RG. 9 106; vgl. § 17 Anm. III b 4).

§ 33.

Juristische Person. Neue Firma.

Eine juristische Person, deren Eintragung in das Handelsregister mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebs zu erfolgen hat, ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung anzumelden.

Der Anmeldung sind die Satzung der juristischen Person und die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Bei der Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung bedarf es der Beifügung der Urkunden über die Bestellung des Vorstandes nicht.

Bei der Eintragung sind die Firma und der Sitz der juristischen Person, der Gegenstand des Unternehmens und die Mitglieder des Vorstandes anzugeben. Besondere Bestimmungen der Satzung über die Befugniß des Vorstandes zur Vertretung der juristischen Person oder über die Zeitdauer des Unternehmens sind gleichfalls einzutragen.

ADH. — **Entw. I** § 31 Abs. 1—3. **Entw. II** § 32.

I. **Juristische Person.** Die Bestimmungen über juristische Personen (§§ 33—35 und 36) sind neu aufgenommen. Für die juristischen Personen gelten *auch* die §§ 29—32; die §§ 33—36 bilden nur eine *Ergänzung* zu den ersteren und eine *teilweise* Abänderung derselben. Der § 36 enthält Sonderbestimmungen für Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes.

a. **Die juristischen Personen der §§ 33—35.** Die §§ 33—35 betreffen nur *solche* juristische Personen, deren Eintragung mit Rücksicht auf den *Gegenstand* (§ 1) oder auf die *Art* und den *Umfang* (§§ 2, 3 Abs. 2) ihres *Gewerbebetriebs* zu erfolgen hat, also nicht

diejenigen, welche ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Gewerbebetriebs einzutragen sind (AG., KAG., Gen. und GmbH.; § 6 Anm. III). Für die letzteren gelten Sonderbestimmungen. Ebenso für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (PrivVUntG. §§ 30 ff.), selbst wenn diese im Einzelfall, weil nebenbei Versicherung von Nichtmitgliedern gegen Prämie betreibend, Kaufmann sind. Als unter die §§ 33—35 fallend verbleiben mithin namentlich Kolonialgesellschaften (SchutzgebG. 25 VII 00 §§ 11 ff.), Vereine deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet und denen die Rechtsfähigkeit staatlich verliehen ist (BGB. §§ 22, 23), Stiftungen (BGB. § 80), diejenigen Bergwerksgesellschaften, welche die Eigenschaft juristischer Personen haben (anderenfalls EGHGB. Art. 5), also insbesondere Gewerkschaften neueren Rechts (D. 41). — Ausländische juristische Personen derjenigen Vereinigungsformen, die, wenn ihr Sitz im Inland wäre, ohne Verleihung Rechtsfähigkeit erlangen würden, unterliegen gleichfalls, weil ohne weiteres auch im Inland rechtsfähig (§ 6 Anm. I b 1), den §§ 33 ff., wenn sie eine Handelsniederlassung im Inland begründen. Sonstige ausländische, im Ausland rechtsfähige Vereine erlangen für das Inland Rechtsfähigkeit erst durch Anerkennung des Bundesrats (EGBGB. Art. 10), unterliegen den §§ 33 ff. also erst nach so erfolgter Anerkennung.

b. **Anmeldung.** Anmeldungspflichtig sind sämtliche Mitglieder des Vorstandes (vgl. § 195 Anm. I b). Über die Form der Anmeldung vgl. § 12. Für den Inhalt der Anmeldung ist § 29 maßgebend. Doch ist jedenfalls der Sitz der juristischen Person anzumelden. Fallen Sitz und Ort der Handelsniederlassung auseinander, so ist beim Gericht des Sitzes ohne Niederlassung nur der Sitz (§ 33), bei dem Gericht jeder Niederlassung außer dem Sitz auch der Ort der betreffenden Niederlassung (§ 29) anzumelden (§§ 106 Anm. II e, 198 Anm. III c). Außer den in § 33 Abs. 2 genannten Urkunden ist auch die Zeichnung der Unterschriften beizufügen (§ 35). Besteht keine Satzung, z. B. bei der Preußischen Gewerkschaft (Pr. BergG. § 94 Abs. 2), so braucht eine solche nicht beigefügt zu werden (D. 42). Über Anmeldung bei der Zweigniederlassung bestimmen §§ 13, 33 Abs. 2 Satz 2. Das Ordnungsstrafverfahren zwecks Erzwingung der Anmeldung ist nicht gegen die juristische Person, sondern gegen die einzelnen Vorstandsmitglieder zu richten (§ 319 Anm. II c, KG. 28 IV 02 OLGRspr. 4 463).

c. **Einzutragende Tatsachen.** Über den Ausdruck „Bei der Eintragung" vgl. § 198 Anm. II.

1. Firma. Auch juristische Personen sind nur eintragungsfähig, wenn sie Vollkaufleute sind (§ 4 Abs. 1). Die Firma der juristischen Person wird in der Regel mit ihrem Namen übereinzustimmen haben, da § 18 entsprechend anwendbar ist (KGJ. 17 5; vgl. § 20 Anm. II). Die D. 41 bemerkt: „Was die Firma dieser juristischen Personen betrifft, so sind die Verhältnisse der in Betracht kommenden Unternehmungen zu verschiedenartig, um eine einheitliche Regelung zu gestatten; es besteht hierfür auch kein Bedürfnis. Insbesondere muß den Gewerkschaften der bisherigen Sitte gemäß das Recht belassen werden, ihren Namen frei zu wählen". Hiermit sollte nicht (wie in KGJ. 17 6 vorausgesetzt) ein Recht der juristischen Personen anerkannt werden, ihre Firma frei zu wählen, sondern nur das Recht, den Namen frei zu wählen. Ist letzterer gewählt, so ist für die Firmenwahl § 18 maßgebend. — Die in § 18 Abs. 2 gestatteten Zusätze können hinzugefügt werden. Solche Zusätze sind nach § 30 erforderlich, falls anderenfalls Firmengleichheit vorliegen würde (D. 41).
2. Sitz. Der Sitz der juristischen Person entspricht dem Wohnsitz einer lebenden Person. Während zweifelhaft ist, ob letzterer zum Handelsregister angemeldet werden muß (§ 29 Anm. IV c 2), ist ersterer jedenfalls einzutragen. Außer dem Sitz (§ 33) ist auch der Ort der Handelsniederlassung (§ 29) einzutragen in den Fällen, in denen beides nebeneinander anzumelden (oben Anm. I b) ist.
3. Gegenstand des Unternehmens. Vgl. § 182 Anm. IV b 3.
4. Mitglieder des Vorstandes. Vgl. § 198 Anm. III g.
5. Etwaige besondere Bestimmungen der Satzung über die Vertretungsbefugnis des Vorstandes. Vgl. § 198 Anm. III i. Abweichend von der Bestimmung der §§ 198 Abs. 2, 296 Abs. 1 sind etwaige besondere Satzungsbestimmungen über Ver-

tretungsbefugnis von Liquidatoren erst nach Beginn der Liquidation anzumelden und einzutragen (§ 34 Abs. 1).

6. Etwaige besondere Bestimmungen der Satzung über die Zeitdauer des Unternehmens. Das Wort „Unternehmen" kann nur auf das betreffende Handelsgewerbe bezogen werden. Außerdem wird aber, entsprechend dem § 198 Abs. 2, auch eine etwaige besondere Satzungsbestimmung über die Zeitdauer der juristischen Person einzutragen sein.

d. **Wirkung der Eintragung.** In den Fällen des § 1 ist die juristische Person schon vor Eintragung Kaufmann, in den Fällen des § 2 wird sie Kaufmann durch Eintragung. Auch in letzterem Fall wird durch die Eintragung nichts bezüglich der Rechtsstellung der Mitglieder, insbesondere bezüglich ihrer Haftung oder Nichthaftung für Gesellschaftsschulden geändert; die juristische Person wird nicht etwa zur offenen Handelsgesellschaft (D. 12).

e. **Prüfungsrecht und -pflicht des Registerrichters.** Vgl. § 12 Anm. VI. Steht fest, daß eine juristische Person entstanden, so hat der Registerrichter nicht nachzuprüfen, ob bei jener Entstehung alle Vorschriften erfüllt worden sind, und er darf die Eintragung nicht von Beseitigung seiner hierauf bezüglichen Beanstandungen abhängig machen (KG. 25 V 03 EntschFG. 4 27 KGJ. 26 A 73).

II. **Nichtrechtsfähiger Verein.** Er ist etwas von der Gesellschaft Verschiedenes (dagegen Staub Exk. zu § 342 Anm. 84, Sachau ZHR. 56 461 ff.), nur daß in gewissem Umfang (BGB. § 54 Satz 1; vgl. jedoch BGB. § 54 Satz 2, CPO. § 50 Abs. 2, KO. § 213) die Vorschriften über Gesellschaften auf ihn Anwendung finden. Hiernach ist zwar der nichtrechtsfähige Verein weder Einzelperson noch Gesellschaft noch juristische Person. Trotzdem ist er, wenn handeltreibend, als eintragungsfähig und eintragungspflichtig nach näherer Maßgabe der §§ 1 ff., 29 ff. zu erachten (dagegen KG. 15 I 00 KGJ. 19 27, 2 VII 00 OLGRspr. 1 357, 17 XII 00 EntschFG. 2 20). Zwar ist Kaufmann nicht der nichtrechtsfähige Verein als solcher (§ 1 Anm. IV d 3); doch wird die Gesamtheit der Mitglieder in ihrer Zusammenfassung zum rechtsfähigen Verein zutreffender bezeichnet, wenn man sie „nichtrechtsfähiger Verein" nennt, als wenn man die Namen aller Mitglieder ohne Erwähnung des sie umschlingenden Bandes aufführt. Tatsächlich kommen erhebliche Betriebe vor, die in kaufmännischer Weise von nichtrechtsfähigen Vereinen geführt werden; so z. B. Kalibohrgesellschaften (RG. 54 299, Rosendorff in HoldheimsMSchr. 02 60), nichteingetragene Konsumvereine (KGJ. 19 24, EntschFG. 2 19). Auch abgesehen vom Fall des nichtrechtsfähigen Vereins kommen Gebilde vor, die Handel treiben, ohne doch Einzelperson, Handelsgesellschaft oder rechtsfähiger Verein zu sein; so z. B. Erbengemeinschaften und fortgesetzte Gütergemeinschaften (§ 105 Anm. I d 2) sowie gemeinbürgerliche Gesellschaften. Für alle diese Fälle ist es zweckmäßiger, und daher mangels bestimmter gegenteiliger Gesetzesvorschriften auch für das gegenwärtige Recht zuzulassen, daß die Eintragung in das Handelsregister erfolgt und dadurch das bestehende Rechtsverhältnis geklärt und öffentlich bekannt gegeben wird, als daß durch Fortweisung dieser Gebilde aus dem Handelsregister alles im Unklaren gelassen wird. Bei Eintragung nichtrechtsfähiger Vereine insbesondere werden §§ 33 ff. entsprechend anzuwenden sein. Durch die Eintragung wird der nichtrechtsfähige Verein nicht zur offenen Handelsgesellschaft (dagegen Staub Exk. zu § 342 Anm. 85). Ebensowenig wird er es (was Sachau ZHR. 56 479, 481 annimmt) dadurch allein, daß er ein Handelsgewerbe betreibt. Ein Zwang, im Fall des Betreibens eines Handelsgewerbes die Form einer Handelsgesellschaft anzunehmen, besteht nicht (vgl. § 6 Anm. I a 14; abweichend Sachau ZHR. 56 477). Über die Folgen der Eintragung einer gemeinbürgerlichen Gesellschaft vgl. § 105 Anm. I i.

§ 34.

Juristische Person. Änderung, Auflösung, Konkurs.

Jede Aenderung der nach § 33 Abs. 3 einzutragenden Thatsachen oder der Satzung, die Auflösung der juristischen Person, falls sie nicht die Folge der Eröffnung des Konkurses ist, sowie die Personen der Liquidatoren und die besonderen

Bestimmungen über ihre Vertretungsbefugniß sind zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Bei der Eintragung einer Aenderung der Satzung genügt, soweit nicht die Aenderung die im § 33 Abs. 3 bezeichneten Angaben betrifft, die Bezugnahme auf die bei dem Gericht eingereichten Urkunden über die Aenderung.

Die Anmeldung hat durch den Vorstand oder, sofern die Eintragung erst nach der Anmeldung der ersten Liquidatoren geschehen soll, durch die Liquidatoren zu erfolgen.

Die Eintragung gerichtlich bestellter Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Im Falle des Konkurses finden die Vorschriften des § 32 Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 31 Abs. 4. **Entw. II** §§ 33, 31.

Der § 34 ergänzt die §§ 31, 32 und gilt neben ersteren. Daher ist z. B. auch eine Verlegung der Niederlassung ohne Änderung des Sitzes und ein Erlöschen der Firma ohne Auflösung der juristischen Person einzutragen. Der Abs. 5 ist von der Reichstagskommission hinzugefügt, da es zweifelhaft sein könne, ob § 32 auch ohnedies anwendbar sei (KB. 17). In Wahrheit kann indessen nicht zweifelhaft sein, daß dies der Fall gewesen wäre.

§ 35.

Juristische Person. Zeichnung der Unterschrift.

Die Mitglieder des Vorstandes und die Liquidatoren einer juristischen Person haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

ADH. — **Entw. I** § 31 Abs. 2, 4. **Entw. II** § 34.

Über die Zeichnung von Unterschriften vgl. § 12 Anm. III, § 29 Anm. V. Über die Form der Zeichnung vgl. § 12 Anm. I. In welcher näheren Weise zu zeichnen, richtet sich nach den für die betreffende Art von juristischen Personen geltenden sachlichen Vorschriften; in deren Ermangelung wird § 233 entsprechend angewendet werden können.

§ 36.

Unternehmen deutscher staatlicher Körperschaften.

Ein Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes braucht nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden. Erfolgt die Anmeldung, so ist die Eintragung auf die Angabe der Firma sowie des Sitzes und des Gegenstandes des Unternehmens zu beschränken.

ADH. — **Entw. I** § 32. **Entw. II** § 35.

I. **Reich, Bundesstaat, inländischer Kommunalverband.** Andere Betriebe, auch wenn sie nach dem Muster staatlicher Betriebe geordnet sind, fallen nicht unter § 36; so z. B. nicht derartige Privatbetriebe von Personen des hohen Adels (RG. 23 IX 01 EntschFG. 2 227 KGJ. 23 A 82). Bezüglich der Reichsbank verbleibt es (EGHGB. Art. 2 Abs. 2) bei der Bestimmung des BankG. § 66: „Die Bestimmungen des HGB. über die Eintragung in das Handelsregister und die rechtlichen Folgen derselben finden auf die Reichsbank keine Anwendung." Ob die Reichsbank Kaufmann, vgl. § 1 Anm. IV d 2. Die Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten gelten nach HGB. § 452 nicht als Kaufleute im Sinn des HGB.

II. **Eintragungsrecht.** Für die in § 36 genannten Unternehmen besteht keine Eintragungspflicht, aber ein Eintragungsrecht (für das frühere Recht war eine Eintragungspflicht an-

genommen in KGJ. 12 17). Ihre Eigenschaft als Kaufleute gemäß § 1 ist unberührt davon, ob sie eingetragen sind oder nicht (§ 1 Anm. IVd 2); dagegen können sie gemäß § 2 u. 3 nur durch Eintragung Kaufleute werden (D. 42; z. B. bei staatlichen Bergwerken). Auch wenn eine Eintragung der Firma nicht erfolgt ist, muß eine etwaige Prokura dennoch angemeldet werden (§ 53, D. 42; Goldmann Anm. 1, Lehmann Nr. 1; dagegen Staub Anm. 2). Der § 15 Abs. 1 ist auf die erstmalige Eintragung und Bekanntmachung der Firma nach § 36 nicht anwendbar (§ 15 Anm. IIIa 2). — Über zulässige Besonderheiten bei den Rechnungsabschlüssen bestimmt § 42.

III. **Anmeldung und Eintragung.** Eine etwa erfolgende Anmeldung unterliegt den Vorschriften der §§ 29—35; insbesondere ist daher auch eine Zeichnung der Unterschriften durch die jenes Unternehmen leitenden Beamten zu bewirken, und eine etwa für das Unternehmen vorhandene Satzung ist einzureichen; ebenso sind die in §§ 31, 34 bezeichneten Änderungen anzumelden. Nur die Eintragung ist zu beschränken auf Firma (§ 33 Anm. IIc 1), Sitz (§ 33 Anm. IIc 2) und Gegenstand des Unternehmens (§ 33 Anm. IIc 3).

IV. **Löschung.** Streitig ist, ob (im Gegensatz zu dem Fall des § 3 Abs. 2) trotz Fortdauer der Kaufmannseigenschaft die Löschung wieder beantragt werden kann. Bejahend Düringer-Hachenburg Anm. I, Goldmann Anm. 1 II 1. Verneinend Staub Anm. 3, OLG. Jena 5 V 00 EntschFG. 1 53, KGBl. 20 D 19 OLGRspr. 1 173, KG. 14 XI 04 KGJ. 28 A 213 OLGRspr. 10 234. Der ersteren Ansicht ist beizutreten, da die Fassung des Gesetzes mit beiden Auslegungen verträglich und kein genügender sachlicher Grund vorhanden ist, die Unternehmungen jener öffentlichen Verbände, wenn sie überhaupt nicht angemeldet zu werden brauchen, einmal eingetragen, zwangsweise im Register festzuhalten. Ist ein Wiederaufgeben der Eintragung unmöglich, so wird nicht leicht eine jener öffentlichen Körperschaften sich dazu entschließen, die Eintragung nachzusuchen und sich so für alle Zukunft zu binden.

VI. Schutz gegen widerrechtlichen Firmengebrauch (§ 37).

§ 37.

Wer eine nach den Vorschriften dieses Abschnitts ihm nicht zustehende Firma gebraucht, ist von dem Registergerichte zur Unterlassung des Gebrauchs der Firma durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die Höhe der Strafen bestimmt sich nach § 14 Satz 2.

Wer in seinen Rechten dadurch verletzt wird, daß ein Anderer eine Firma unbefugt gebraucht, kann von diesem die Unterlassung des Gebrauchs der Firma verlangen. Ein nach sonstigen Vorschriften begründeter Anspruch auf Schadensersatz bleibt unberührt.

ADH. Art. 26 Abs. 2, Art. 27 Abs. 1. **Entw. I** § 33. **Entw. II** § 36.

I. Gebrauch einer Firma.
II. Einschreiten des Registergerichts.
III. Ansprüche des durch unbefugten Firmengebrauch Verletzten.
IV. Ähnliche Bestimmungen anderer Gesetze.

I. **Gebrauch einer Firma.**

a. **Firma.**

1. Allgemeines. Sowohl eine eingetragene wie auch eine nichteingetragene Firma fällt unter die Vorschriften des § 37. Der Gebrauch einer Firma muß vorliegen, nicht etwa nur der Gebrauch einer nicht zur Firma gehörigen, die Benachrichtigung des Publikums bezweckenden Notiz (RG. 5 112, 19 23). — Die Firma ist nach § 17 der Name, unter welchem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Mit dieser Begriffsbestimmung soll nur ausgedrückt werden, daß tatsächlich die Firma sowohl beim Unterschreiben wie auch beim Handelsbetrieb benutzt zu werden pflegt;

nicht etwa ist damit gesagt, daß eine Firma nur dann vorhanden ist, wenn sie in beiderlei Weise benutzt worden ist (§ 17 Anm. III a).

2. Minderkaufmännischer oder nichtkaufmännischer Handelsname. Unter § 37 fällt nur eine Firma im Sinn des HGB., also nicht der firmenartig geführte Handelsname eines Nichtkaufmanns oder Minderkaufmanns (dagegen Hahn[4] Art. 10 § 3, Staub § 4 Anm. 12, § 37 Anm. 1, Goldmann § 4 Anm. 1 II 1 § 37 Anm. 1 II 2 c, Lehmann § 37 Nr. 2, LG. I Berlin 2 III 97 KGBl. 54). Dem Nichtkaufmann und dem Minderkaufmann ist nicht verboten, beliebige firmenartige Bezeichnungen zu führen (§ 17 Anm. II b), der § 37 gehört zu den „Vorschriften über die Firmen", die nach § 4 unanwendbar auf Minderkaufleute sind (§ 4 Anm. IV a), und auch der Wortlaut des § 37 Abs. 1 läßt eine Anwendung auf Minderkaufleute nicht zu, da er sich nur auf die nach den Vorschriften dieses Abschnitts" unzulässigen Firmen bezieht, alle Regeln dieses Abschnitts aber nicht auch firmenartige Handelsnamen von Minderkaufleuten treffen. Allerdings haben bei dieser Auslegung Minderkaufleute eine größere Freiheit als Vollkaufleute; indessen ist als Wille des Gesetzgebers, da er die minderkaufmännischen Firmen vom Handelsregister ausschloß, anzusehen, daß der Registerrichter um die minima der Bezeichnung eines minderkaufmännischen Geschäfts sich überhaupt nicht kümmern soll, und die Rechte Dritter sind durch andere Gesetze (unten Anm. IV und GewO. § 15 a) ausreichend geschützt. Gegen die eingetragene Firma eines Minderkaufmanns bietet FGG. § 142 eine genügende Handhabe, wenn die Eigenschaft als Minderkaufmann bereits bei Eintragung bestand, und HGB. § 31 Abs. 2, wenn erst später der Geschäftsinhaber aus einem Vollkaufmann zum Minderkaufmann geworden ist.

3. Firma als Teil einer anderen. Ein Gebrauch der Firma liegt nicht nur dann vor, wenn die betreffende Firma allein gebraucht wird, sondern auch wenn die Firma unverändert als äußerlich abgegrenzter Teil in eine andere Firma aufgenommen und in dieser gebraucht wird. Z. B. ist die Firma „J. Habbel & Co." gebraucht, wenn die Firma „Otto Junkerstorff & Co. vormals J. Habbel & Co." gebraucht wird (RG. 5 111, 19 24, ObLG. München 29 IX 04 OLGRspr. 10 229 ZHR. 56 563), die Firma „C. H. Stobwasser & Co.", wenn die Firma „Petroleumgeschäft (vormals Betrieb von C. H. Stobwasser & Co.), Gesellschaft m. b. H." gebraucht wird (RG. 56 189), die Firma „H. L.", wenn „D. & G., früher H. L." oder „D. & G., früher H. L.sches Haus" firmiert, nicht aber, wenn nur die Bezeichnung „D. & G., im früher L.schen Hause" gebraucht wird (Bolze 16 Nr. 116).

4. Firma in abgekürzter Form. Die Firma ist gebraucht, wenn eine für jedermann verständliche, sprachlich und nach Verkehrssitte zulässige Abkürzung verwendet wird, aus der die wirkliche Firma für jedermann erkennbar ist; nicht dagegen, wenn die Abkürzung nur nach Art eines Schlagworts aus der Firma entnommen ist (RG. 56 418). Ist eine Firma eingetragen, so darf der Firmeninhaber für das betreffende Geschäft nur diese Firma genau in der Fassung, in welcher sie eingetragen ist, führen. Er darf namentlich nicht etwa nur einen Teil der eingetragenen Firma führen (vgl. P. 923), z. B. nicht „La Ferme" statt, wie eingetragen, „J. Huppmann La Ferme" (ROH. 4 261); nicht „Ferd. Beckers Söhne" statt „Ferd. Beckers Söhne. Louis und Carl Becker" (RG. 19 V 00 JW. 552[4]), denn entweder liegt hierin eine (nach § 31 anzumeldende) Änderung der Firma oder der nach herrschender Meinung unzulässige (§ 17 Anm. III c 1) Gebrauch mehrerer Firmen für dasselbe Geschäft. — Gebraucht ein Dritter nur einen Teil der fremden Firma, ohne daß der Teil nach Verkehrssitte lediglich Abkürzung jener Firma ist, so ist dies firmenrechtlich zulässig, wenn (§ 30) der Teil sich vom Ganzen genügend deutlich unterscheidet. Dies wurde angenommen z. B. bei dem Gebrauch von „Laferme" statt „J. Huppmann La Ferme" (ROH. 4 255), „Benecke & Co." statt „C. H. Benecke & Co." (RG. 20 72), „Doornkaat" statt „J.ten Doornkaat Koolmann Söhne" (RG. 36 14), „American Steam Laundry" statt „American Steam Laundry W. v. Biela" (RG. 5 I 00 JW. 133[12]). Kein Gebrauch der Firma liegt unter denselben Voraussetzungen in dem Gebrauch eines in einer anderen Firma vorkommenden Namens (z. B. des Namens „Liebig" aus der Firma „Liebig Extract of Meat Comp. Lim.", RG. 40 62) oder eines

wesentlich gewordenen Zusatzes (z. B. des Zusatzes „Barbarossa-Brunnen" aus der Firma „Barbarossa-Brunnen E. V.", RG. 38 84). — Der Gebrauch derartiger aus der Firma entnommener Schlagworte fällt indessen unter Umständen unter die Bestimmungen des Wettbewerbsgesetzes und des Warenzeichengesetzes (vgl. RG. 56 418; dagegen RG. 1 27).

5. Unzulässiger Firmenzusatz. Ist nur der Firmenzusatz unzulässig, so ist trotzdem in der Regel das Vorgehen (Abs. 1 und 2) nicht nur gegen den Zusatz, sondern gegen die Firma als Ganzes zu richten. Denn der Zusatz ist Teil der Firma (§ 18 Anm. I c 1); ist der Teil unzulässig, so ist mithin die ganze Firma unzulässig. Das Gegenteil gilt aber für diejenigen Arten von Zusätzen, die nur in losen Zusammenhang zur Firma treten, z. B. die Bezeichnungen „Aktiengesellschaft" oder „Kommanditgesellschaft auf Aktien" (§ 20 Anm. III verglichen mit § 22 Anm. IV b 3), der Nachfolgerzusatz (§ 22) oder der Zweigniederlassungszusatz (§ 30 Abs. 3). Ist die Firma eine abgeleitete, so darf das Vorgehen auf Grund des § 37 ausschließlich gegen den Zusatz in allen den Fällen (§ 22 Anm. IV b 1) gerichtet werden, in denen der Erwerber nach öffentlichem Recht den Zusatz ändern darf, ohne das Recht auf den übrigen Teil der abgeleiteten Firma zu verlieren.

b. Gebrauch einer Firma.

1. Art des Gebrauchs. Der § 37 trifft nur diejenigen Fälle, in denen jede Art des Gebrauchens der betreffenden Firma unbefugt ist; nur die Bestimmungen des Warenzeichen- oder des Wettbewerbsgesetzes können dagegen in Frage kommen, wenn lediglich bestimmte Arten des Gebrauchs der Firma unbefugt sind (vgl. RG. 13 XI 00 JW. 840[4]). Unerheblich ist, ob der Gebrauch dem Dritten durch dessen Gesichts-, oder dessen Gehörssinn oder in anderer Weise zur Wahrnehmung kommen soll (vgl. RG. 38 80). Die Firma ist gebraucht, wenn mit ihr eine Unterschrift abgegeben ist, oder wenn unter der Firma Handelsgeschäfte (z. B. mündlich) abgeschlossen sind, auch wenn nur eine von beiden Tatsachen vorliegt. Ebenso liegt ein Gebrauch der Firma in der Anmeldung mit folgender Eintragung (RG. 22 60) und in jeder Benutzung mit unmittelbarer Beziehung auf den Handelsbetrieb (RG. 5 111, 36 14, 55 123, KGJ. 5 18), also z. B. in der Anbringung oder Beibehaltung eines Schildes mit der Firma über dem Laden, in welchem der Gewerbebetrieb stattfindet (ROH. 14 187, KGJ. 5 18, KG. 9 VIII 04 OLGRspr. 9 246; dagegen in einem Einzelfall wegen besonderer tatsächlicher Verhältnisse Bolze 13 Nr. 122), in der den Kunden gemachten Angabe, Vertreter jener Firma zu sein (ROH. 21 223; vgl. RGSt. 26 227), in der Benutzung der Firma bei Zeitungsanzeigen (KG. 20 VII 00 OLGRspr. 1 451, 9 VIII 04 OLGRspr. 9 246), Geschäftsanzeigen, Empfehlungskarten, Briefen, Rechnungen (RG. 5 111, 19 22, 36 14), Preislisten (RG. 29 61), bei Vordruck auf einem Memorandum, wenn auch auf demselben Memorandum in der Unterschrift die Firma nicht gebraucht ist (RG. 19 24), bei Anwendung als Telegrammadresse (OLG. Dresden 27 III 95 ZHR. 46 479). — Ein Gebrauch mit unmittelbarer Beziehung auf den Handelsbetrieb liegt auch vor, wenn die Firma auf der Verpackung der Waren, mit denen Handel getrieben wird, angebracht ist, und es ist nicht anzuerkennen (ebenso Staub Anm. 20), daß ein wesentlicher Unterschied zwischen dieser Art des Gebrauchs und dem Gebrauch z. B. auf dem Firmenschild besteht. Indessen ist angenommen worden, daß in diesem Fall ein Gebrauch im Sinn des § 37 (früher Art. 26 Abs. 2 Art. 27) nicht vorliege (ROH. 4 258, 6 249, RG. 3 165, 22 60; dahingestellt RG. 48 240, 55 242; vgl. ROH. 1 132). So auch P. 924, 925, wonach überhaupt ein „Gebrauch der Firma" nur vorliege „wenn unter ihrer Anwendung ein Handelsgeschäft geschlossen, eine Unterschrift abgegeben werde u. dgl."; über diese Beschränkung ist aber die Rechtsprechung in den anderen obenerwähnten Fällen hinausgegangen. Einen Gebrauch sieht jetzt anscheinend auch das RG. 38 84 in der Verwendung auf Etiketten. — Die etwaige Lücke ist jetzt ausgefüllt durch Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 §§ 14, 15 (RGBl. 445) und Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs v. 27. Mai 1896 § 8 (RGBl. 147). — Kein Gebrauch einer gelöschten Firma liegt in der Erhebung des Anspruchs, kraft Erwerbs des früher unter jener Firma betriebenen Geschäfts zur Empfangnahme der mit der Aufschrift jener Firma eingehenden Postsendungen berechtigt zu sein (RG. 55 124).

Kein eigener Firmengebrauch sondern nur eine andersartige — aber gleichfalls durch Verbotsklage verfolgbare (RG. 54 416) — Rechtsverletzung liegt in Verbreitung von Kundgebungen, durch welche widerrechtlich das Recht des Firmeninhabers zur Führung dieser Firma bestritten oder ein entgegenstehendes eigenes Recht in Anspruch genommen wird.

2. Ort des Gebrauchs. Eine Beschränkung bezüglich des Ortes des Gebrauchs ist im Gesetz nicht enthalten, mithin fällt auch ein Gebrauch im Ausland unter den § 37 (Bolze 9 Nr. 110). Die Pariser Übereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (RGBl. 03 148) Art. 8 bestimmt: „Der Handelsname soll in allen Verbandsstaaten, ohne Verpflichtung zur Hinterlegung, geschützt werden, gleichviel ob er den Teil einer Fabrik- oder Handelsmarke bildet oder nicht."

II. **Einschreiten des Registergerichts (Abs. 1).**

a. **Sachliche Voraussetzung** des Einschreitens ist nach Abs. 1, daß derjenige, gegen den eingeschritten werden soll, eine Firma (oben Anm. Ia) gebraucht (oben Anm. Ib), die ihm „nach den Vorschriften dieses Abschnitts" nicht zusteht. Letzteres ist der Fall, wenn diese Firma entweder gegen die Vorschriften über Bildung neuer Firmen (§§ 18—20) oder über Fortführung abgeleiteter Firmen (§§ 21—24, EGHGB. Art. 22) verstößt oder den Bestimmungen über deutliche Unterscheidung gleichartiger Firmen (§ 30) nicht entspricht oder eine unzulässige (§ 17 Anm. IIIc 1) zweite Firma neben der für dieselbe Niederlassung bereits eingetragenen abweichenden enthält (vgl. KG. 9 VIII 04 OLGRspr. 9 246). Das Registergericht darf nicht insbesondere dann einschreiten wenn aus anderen als den vorstehend erwähnten Gründen dem die Firma Gebrauchenden ein Recht auf sie nicht zusteht. Daneben besteht aber noch das Recht, unter Umständen gemäß § 14 eine Löschung zu erzwingen oder sie gemäß § 31 Abs. 2 oder FGG. §§ 141 ff. von Amts wegen zu bewirken. Die Voraussetzungen für das Einschreiten des Registergerichts gemäß § 37 Abs. 1, und die Voraussetzungen für die Klage des Verletzten gemäß § 37 Abs. 2 sind insoweit verschieden, als ersteres nur bei dem Gebrauch einer dem Gebrauchenden nach den Vorschriften dieses Abschnitts nicht zustehenden Firma die Unterlassung erzwingen, der Verletzte dagegen bei jedem unbefugten Gebrauch Klage anstellen kann.

b. **Verfahren.** Über das Verfahren bestimmt FGG. § 140. Vgl. Näheres zu FGG. § 140, abgedr. hinter HGB. § 16. Die einzelne Ordnungsstrafe darf 300 Mk. nicht übersteigen (§ 14, FGG. § 33). Aus denselben Gründen, aus denen die Unterlassung des Gebrauchs erzwungen werden kann, ist auch die Ablehnung der Eintragung zulässig. Der Registerrichter kann sein Zwangsrecht selbst gegenüber denjenigen Firmeninhabern üben, die er als Inhaber der streitigen Firma eingetragen hat, da die Eintragungsverfügung keine Rechtskraft schafft. Die in der Zwischenzeit unter der unzulässigen Firma abgegebenen Erklärungen bleiben bindend für den Erklärenden (§ 17 Anm. IIIb 2; für Wechselerklärungen vgl. jedoch § 17 Anm. IIIb 3).

III. **Ansprüche des durch unbefugten Firmengebrauch Verletzten (Abs. 2).**

a. **Anspruchsberechtigter.** „Wer". Nicht erforderlich ist, daß der Verletzte überhaupt eine Firma führt, er braucht nicht einmal Kaufmann zu sein (ROH. 6 249, RG. 7 280, 29 125). Verletzt ist daher z. B. auch der Minderkaufmann, wenn sein Name von einem anderen unbefugt als Firma geführt wird (dagegen OLG. Hamburg 9 X 03 OLGRspr. 7 381). Auch der Ausländer hat den Anspruch (OLG. Colmar 9 VI 93 ZHR. 46 463, OLG. Hamburg 30 I 96 ZHR. 46 481, RG. 30 IV 04 JW. 366[32]). Nach bisherigem Recht nur soweit ihm in seinem Heimatstaat ein entsprechender Rechtsschutz gewährt wird (RG. 40 64); jedoch ist zweifelhaft, ob gegenüber der Pariser Übereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (RGBl. 03 148) diese Einschränkung noch aufrecht erhalten werden kann.

b. **Sachliche Voraussetzung** eines Anspruchs aus § 37 Abs. 2 ist, daß derjenige, gegen den der Anspruch erhoben wird, eine Firma (oben Anm. Ia) gebraucht (oben Anm. Ib) hat, daß dies Gebrauchen ein unbefugtes war (nachstehend zu 1), und daß der den Anspruch Erhebende hierdurch in seinen Rechten verletzt (nachstehend zu 2) wird. Soll ein Schadensersatzanspruch gegeben sein (§ 37 Abs. 2 Satz 2), so müssen noch fernere Voraussetzungen hinzukommen (unten d 3).

1. **Unbefugt** muß der Firmengebrauch auf seiten desjenigen sein, gegen den der Anspruch sich richtet. Unbefugt ist jeder Gebrauch, der entweder das öffentliche oder ein Privatrecht verletzt (dagegen verstehen Staub Anm. 18 und Goldmann Anm. 2 darunter nur „firmenrechtlich unbefugt"). Nicht jeder so unbefugte Gebrauch ist aber nach § 37 Abs. 2 verfolgbar, sondern nur derjenige, der den Ansprucherheber in „seinen Rechten" verletzt (unten zu 2). Da andererseits die Verletzung eines Rechts, die befugt geschähe, ein Unding ist, so ergibt sich, daß das Wort „unbefugt" an sich überflüssig ist, denn „unbefugt" drückt nur vom Standpunkt des Verletzers dasselbe aus, was vom Standpunkt des Verletzten eine „Verletzung in seinen Rechten" ist. Die Beibehaltung dieses Worts ist nur dadurch erklärbar, daß dem Gesetzgeber die Absicht vorschwebte, auf diese Weise anzudeuten, daß jeder einen privaten Anspruch darauf hat, daß seine Interessen nicht durch einen nach öffentlichem Recht unbefugten Firmengebrauch eines anderen verletzt werden (ähnlich Düringer-Hachenburg Anm. III 3). — Gleichgültig ist hierbei, ob der Verletzende in gutem Glauben war (RG. **19** 22, **25** 5; im Gegensatz zu § 37 setzt das Wettbewerbsgesetz unredliche Absicht voraus, D. 43). Er ist nicht geschützt, wenn er gutgläubig von einem Unberechtigten erworben hat (RG. **25** 5 gegen Str. **76** 239); das BGB. kennt einen Schutz des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten nur bei Sachen, nicht bei Rechten.

2. **In seinen Rechten verletzt** durch den Firmengebrauch des anderen muß sein, wer den Anspruch aus § 37 Abs. 2 erheben will. Die Verletzung nur eines Interesses, ohne Verletzung eines Rechts, genügt nicht (RG. **19** 22, RG. 26 XI 01 JW. **02** 27[20], 3 XII 01 JW. **02** 28[21]; bei Verletzung eines Firmenrechts und des Namenrechts vgl. jedoch nachstehend zu α und β; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III 3, Goldmann Anm. 2). Unerheblich ist, ob das geschützte Interesse des Anspruchерhebers ein vermögensrechtliches, und für den Anspruch aus Abs. 2 Satz 1 auch, ob ein Vermögensschade entstanden ist (ROH. **4** 256, **6** 249, RG. **42** 151). Die Schädigung eines anderen durch berechtigten Firmengebrauch gibt kein Klagerecht auf Unterlassung der Firmenführung (RG. **20** 75). Welcher Art das verletzte Recht, ist unerheblich. Daher kann ein Untersagungsrecht bestehen selbst in Fällen, in denen weder ein Firmen- noch ein Namenrecht des Untersagenden verletzt ist (unten zu γ—ε). Namentlich folgende Arten von Rechten können in Betracht kommen:

α. **Firmenrecht.** Nirgend ist ausdrücklich ausgesprochen, aber es ist in § 37 Abs. 2 (da dort von „Rechten", nicht von „Interessen" ausgegangen) vorausgesetzt und (oben zu 1) wohl auch angedeutet, daß die rechtmäßige (RG. 29 VI 04 HoldheimsMSchr. **05** 25) Führung einer Firma dem Firmeninhaber ein — den sonstigen Schutzrechten entsprechendes — Privatrecht gibt des Inhalts, daß niemand unter Verletzung des öffentlichen Firmenrechts die Interessen des Firmeninhabers verletzen darf. Wer also eine Firma im Widerspruch zu den Bestimmungen des öffentlichen Firmenrechts gebraucht (RG. 22 60 und Bolze 21 Nr. 149 nennen dies „objektiv unbefugt"), der verletzt zugleich das Privatrecht eines anderen Firmeninhabers, wenn dieser ein Interesse daran hat, daß jene Zuwiderhandlung unterbleibt. Unter letzterer Voraussetzung kann daher der Firmeninhaber den Anspruch aus § 37 Abs. 2 in allen denjenigen Fällen erheben, in denen auch der Registerrichter gemäß § 37 Abs. 1 einschreiten kann — er müßte denn (hierüber unten zu c) auf sein Recht verzichtet haben. — So kann z. B. das Verlangen aus § 37 Abs. 2 erhoben werden in Ansehung einer Firma, die sich von der für denselben Ort eingetragenen Firma des Anspruchерhebers nicht deutlich unterscheidet, oder die einen die berechtigten Interessen des Anspruchерhebers verletzenden, nach § 18 Abs. 2 verbotenen Zusatz enthält (D. 43, RG. **38** 85, RG. 19 V 00 JW. 552[4]). So kann z. B. gegen die Firma „Einzige Fabrik nikotinfreier Tabake usw." der Inhaber einer anderen solchen Fabrik den Anspruch auf Streichung des „Einzige" erheben (RG. **3** 166). — Ebenso kann gemäß § 37 Abs. 2 vorgegangen werden, wenn in die fremde Firma ein Name aufgenommen ist, der nach öffentlichem Recht dem Geschäftsinhaber nicht zusteht (RG. 42 149), und das Bestehen der so ge-

schaffenen fremden Firma das an die eigene Firma des Anspruchерhebers geknüpfte Interesse verletzt. Unter letzterer Voraussetzung kann auch eine oHG. unter ihrer Firma das Recht auf Unterlassung des Gebrauchs einer anderen Firma klagend geltend machen, in der ebenso, wie in der klagenden Firma, der Familienname der Inhaber der letzteren enthalten ist (RG. 18 140; der Begründung dieser Entscheidung ist aber nicht durchweg zuzustimmen). Ebenso kann, auch außerhalb eines Vertragsverhältnisses, bei arglistiger Herbeiführung von Verwechselungen vorgegangen werden, wenn der namengebende angebliche Gesellschafter der fremden Firma gar nicht Gesellschafter ist (OLG. Hamburg 30 I 96, OLG. Köln 24 IV 95 ZHR. 46 481), oder wenn der namengebende angebliche Inhaber in Wahrheit nur Handlungsgehilfe des angeblichen Prokuristen ist (RG. 28 II 94 ZHR. 46 482). — Kommt eine Verletzung des Firmenrechts des Klägers in Betracht, so braucht der klagende Firmeninhaber nicht selbst den Familiennamen zu tragen, dessen Führung er dem Beklagten untersagen will (Bolze 21 Nr. 149). — Wer wegen rechtsverletzender Führung einer Firma belangt wird, kann sich auf Abweichungen in den Namensbezeichnungen dann nicht berufen, wenn diese Abweichungen zu unbedeutend sind, um Verwechselungen auszuschließen, namentlich wenn letztere beabsichtigt waren (OLG. Colmar 9 VI 93 ZHR. 46 480). Unter solchen Umständen kommen auch sonstige kleine Abweichungen in Nebenpunkten, z. B. in den Vornamen oder durch Zusatz von „& Co.", nicht in Betracht (RG. 37 59); nach Bolze 21 Nr. 149 kann Verletzung des Firmenberechtigten selbst dann vorliegen, wenn eine deutliche Unterscheidbarkeit im Sinn des § 30 vorhanden ist. — Nicht rechtverletzend — abgesehen von etwaigen gegenteiligen Vertragsrechten — handelt der Verkäufer eines Geschäfts mit der Firma, der seiner neuen, deutlich von der verkauften unterschiedenen Firma einen Zusatz beifügt, der auf das verwandtschaftliche Verhältnis des Verkäufers zu dem Gründer der verkauften Firma hinweist (RG. 28 V 95 ZHR. 46 474).

β. Namenrecht. Das Namenrecht ist geschützt durch BGB. § 12 (unten Anm. IV a). Wird aber ein Namenrecht durch den Firmengebrauch eines anderen verletzt, so ist außerdem auch das Rechtsmittel aus § 37 Abs. 2 gegeben (RG. 54 184, 56 190, OLG. Cassel 27 X 03 OLGRspr. 10 228). In das Namenrecht kann die Führung des gleichen Familiennamens eingreifen trotz Verschiedenheit der Vornamen (RG. 7 281) und der Zusätze (ROH. 10 291). Der § 12 BGB. erkennt aber ein ausschließliches Namenrecht nur insoweit an, als der Namensträger ein Interesse an der Ausschließlichkeit hat. Die für einen Anspruch aus § 37 Abs. 2 vorausgesetzte Verletzung des Namenrechts ist daher nur dann vorhanden, wenn im Einzelfall durch den Firmengebrauch jenes Interesse des Namenträgers verletzt ist (Staub Anm. 12).

γ. Sonstiges gewerbliches Ausschließungsrecht. Unter Umständen kann auch ein derartiges Recht durch Firmengebrauch verletzt werden, und dann ist § 37 Abs. 2 anwendbar. So bei Verletzung eines Patentrechts oder Warenzeichenrechts (RG. 54 184), z. B. bei Aufnahme eines zur Verwendung bei Bezeichnung von Waren bestimmten Firmenzusatzes, der mit einem unter Warenzeichengeſ. § 9 Abs. 2 fallenden Wortzeichen übereinstimmt, das innerhalb der beteiligten Verkehrskreise als Kennzeichen der Ware eines anderen gilt (RG. 20 IX 01 UnlW. 30; vgl. jedoch oben Anm. I b, ob hierin ein Firmengebrauch liegt). Die Verletzung eines Privatrechts liegt auch in einer Verletzung des aus Wettbewerbsges. § 1 folgenden Anspruchs auf Unterlassung unrichtiger tatsächlicher Angaben (RG. 44 19, 58 139).

δ. Recht auf ungestörten Gewerbebetrieb. Noch über die zu α—γ erwähnten Fälle hinaus ist ein Privatrecht des Inhalts anzuerkennen, daß ein Gewerbe ungestört durch schuldhaft rechtswidrige Eingriffe anderer betrieben wird (RG. 6 III 02 IW. Beilage S. 228, RG. 56 275, 58 28). Daher ist z. B. allgemein eine Klage gegeben auf Unterlassung der eine solche Störung enthaltenden falschen in die Firma des Gegners aufgenommenen Angaben (dahingestellt RG. 54 184).

ε. Vertragsrecht. Der § 37 Abs. 2 unterscheidet nicht, ob das verletzte Recht kraft Gesetzes oder kraft Vertrages dem Untersagenden zusteht. Daher ist § 37 Abs. 2 an-

wendbar auch auf vertragliche Untersagungsrechte (dagegen Staub Anm. 18). Ein vertragliches Untersagungsrecht kann im Einzelfall begründet sein, trotzdem weder ein Firmen- noch ein Namenrecht verletzt ist. So, wenn die Inhaber zweier Firmen vereinbart haben, daß der eine gegen Abfindung seine Firma in bestimmter Weise ändern solle und dieser dann doch wieder die ungeänderte Firma gebraucht (RG. **58** 22). Auch stillschweigend kann z. B. in einem Veräußerungsvertrag die Verpflichtung seitens des Veräußerers auf Unterlassung des eigenen künftigen Gebrauchs der veräußerten Firma übernommen sein; so liegt die Übernahme einer solchen Verbindlichkeit in der Regel in der Veräußerung eines Zeitungsunternehmens mit der Firma (RG. **37** 178).

c. **Vertraglicher Verzicht.** Durch Vertrag kann auf Geltendmachung eines etwa bestehenden Untersagungsrechts verzichtet werden, gleichgültig auf welchem Rechtsgrund jenes Recht beruht (RG. **29** 71, **42** 150). Bei dem Verzicht auf ein Untersagungsrecht, das auf einem Namenrecht fußt, ist zu unterscheiden zwischen dem vermögensrechtlichen und dem familienrechtlichen Interesse des Untersagungsberechtigten; bezüglich des vermögensrechtlichen Interesses steht ein Verzicht des früheren Firmeninhabers oder des Erblassers auch dem späteren Firmeninhaber oder Erben entgegen, bezüglich des familienrechtlichen Interesses nicht (RG. **42** 150). Ob eine Übertragung des Firmenrechts von einem vertraglichen Verzicht auf ein Untersagungsrecht zu unterscheiden, vgl. § 23 Anm. II b.

d. **Verjährung des Untersagungsrechts.** Nicht der Verjährung unterliegt das Firmen- oder Namenrecht, da (Planck [3] Vorbem. VII zu Buch I) es kein Anspruch im Sinn des BGB. ist. Dagegen ist ein Anspruch und unterliegt daher der Verjährung (BGB. § 194) das auf eine einzelne Rechtsverletzung gegründete Untersagungsrecht. Wird eine Firma fortgesetzt rechtsverletzend gebraucht, so beginnt mit jedem einzelnen Gebrauchsfall in Ansehung dieses Einzelfalls eine neue Verjährung (RG. 3 XII 01 JW. 02 27[21]).

e. **Klageantrag.** Eine beim Landgericht angestellte Klage gehört vor die Kammer für Handelssachen (GVG. § 101 Nr. 3 b).

1. Unterlassung des Gebrauchs. Nach § 37 Abs. 2 geht die Klage auf „Unterlassung des Gebrauchs der Firma." — Sie ist auch dann gegeben, wenn der künftige Gebrauch die zu erwartende Folge eines in der Vergangenheit, wenngleich nicht bei Klagezustellung geschehenen Gebrauchs ist (RG. **48** 241). In dem Recht auf Unterlassungsklage liegt als das Mindere das Recht auf eine Feststellungsklage bei Vorhandensein eines rechtlichen Interesses auf alsbaldige Feststellung, daß der Firmengebrauch eines anderen rechtsverletzend ist (abweichend Goldmann Anm. 2 II 5).

2. Löschung. Da ein Gebrauch in der Anmeldung mit folgender Eintragung liegt (oben Anm. I b 1), so ergibt sich gegenüber eingetragenen Firmen in der Regel der Anspruch auf Löschung ohne weiteres aus dem Anspruch auf Untersagung des Gebrauchs (RG. **22** 60). Daher bleibt neben der Klage auf Unterlassung zulässig der im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte Antrag auf „Löschung der Firma im Handelsregister" (RG. **22** 60, **37** 59) oder auf „Löschung des rechtsverletzenden Teiles der Firma" (RG. **44** 18). Für die Vollstreckung vgl. jedoch § 16 Anm. V a. Zweckmäßig ist es daher, den Antrag zu fassen: „den Beklagten zu verurteilen, die Löschungserklärung abzugeben" (OLG. Köln 24 IV 95 ZHR. **46** 481).

3. Schadensersatz. Ein Schadensersatzanspruch besteht nur bei schuldhaftem Verhalten auf Grund des BGB. (BGB. §§ 276 ff., 823 ff. oder des verletzten Sondergesetzes). Eine zum Anspruch auf Schadensersatz berechtigende Vermögensbeschädigung liegt in einer Einbuße an demjenigen Erfolg des Gewerbebetriebs, der ohne widerrechtliche Störung der Rechtsordnung aus der naturgemäßen Wirkung getroffener gewerblicher Veranstaltungen regelmäßig erwartet werden kann (RG. **28** 248, **38** 171). Im Schadensersatzanspruch liegt auch (BGB. § 249) der Anspruch auf Beseitigung der in der Vergangenheit erfolgten Beeinträchtigungen des klägerischen Rechts.

IV. **Ähnliche Bestimmungen anderer Gesetze.** Besteht auf Grund einer der nachstehenden Bestimmungen ein Anspruch des in Anm. III e bezeichneten Inhalts in Ansehung einer durch

Firmengebrauch begangenen Verletzung der betreffenden Bestimmung, so ist stets (oben Anm. III b β, γ) daneben auch die Klage aus § 37 Abs. 2 gegeben.

a. **Bürgerliches Gesetzbuch:**

§ 12. „Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem Anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, daß ein Anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem Anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen."

Das in BGB. § 12 vorausgesetzte Interesse des Namenträgers kann ein vermögensrechtliches oder ein familienrechtliches sein (RG. **42** 151). Auf BGB. § 12 kann sich nicht berufen, wer nicht selbst den von dem anderen unbefugt gebrauchten Namen führt, sondern nur Inhaber einer Firma ist, in der jener Name vorkommt (RG. **59** 285).

b. **Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen** v. 12. Mai 1894 (RGBl. 441):

§ 14. „Wer wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung, oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit dem Namen oder der Firma eines Anderen oder mit einem nach Maßgabe dieses Gesetzes geschützten Warenzeichen widerrechtlich versieht oder dergleichen widerrechtlich gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet.

Hat er die Handlung wissentlich begangen, so wird er außerdem mit Geldstrafe von 150 bis 5000 Mark oder mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig."

Der in WarenZG. § 14 gewährte Schutz des Namens schließt nicht unbedingt den Gebrauch eines fremden Namens zur Empfehlung einer Ware ohne Ermächtigung des Nameninhabers aus; verboten ist nur ein Gebrauch, der geeignet ist, den Schein zu erwecken, als stehe die betreffende Ware in besonderer Beziehung zur Person des Namenträgers, z. B. als herstellend, als den Hersteller durch Rat oder Tat unterstützend, als beaufsichtigend: nicht verboten ist an sich der bloße Hinweis, daß die Herstellungsweise eine durch jenen anderen vorgeschlagene oder empfohlene sei; durch besondere äußere Hervorhebung des Namens kann aber auch mittels eines Hinweises der letzteren Art der Schein einer besonderen Beziehung der ersteren Art hervorgerufen werden, und ein derartiger Gebrauch des Namens ist widerrechtlich (RGSt. **29** 333, **31** 33). Durch Führung eines Namens verletzt ist auch derjenige, dem der Namenberechtigte sein Namenrecht übertragen hat; auch an fremden Namen kann ein Untersagungsrecht gegen Dritte erworben werden (RGSt. **29** 354, RG. **40** 63). Der „andere", dessen Namenrecht verletzt wird, braucht nicht Hervorbringer oder Gewerbetreibender zu sein (RGSt. **29** 333, 365, **30** 93, **31** 32, 292); auch ist unerheblich, ob er selbst seinen Namen zur Kennzeichnung ähnlicher Waren benutzt (RGSt. **29** 366). Doch muß ein berechtigter Namensträger vorhanden sein, auf dessen Person die Bezeichnung der Ware mit dem Namen hinweist; nicht der Gebrauch eines abstrakten, sondern der Gebrauch eines dem bestimmten „Anderen" gehörenden Namens ist Voraussetzung des Namensschutzes in § 14; letzteres ist nicht der Fall, wenn der betreffende Name aufgehört hat, eine bestimmte Person zu bezeichnen, und zur Gattungsbezeichnung einer Ware geworden ist (RGSt. **30** 93). Er kann auch eine juristische Person sein; z. B. eine Ortsgemeinde, wenn in der Tat mit dem Namen die Körperschaft, nicht die Örtlichkeit bezeichnet werden sollte (RG. **31** 292).

§ 15. Wer zum Zweck der Täuschung in Handel und Verkehr Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung, oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit einer Ausstattung, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleichartiger Waren eines Anderen gilt, ohne dessen Genehmigung versieht, oder wer zu dem gleichen Zweck derartig gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet und wird mit Geldstrafe von 100 bis 3000 Mark oder mit Gefängnis bis zu 3 Monaten bestraft. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig."

Ausstattung ist entweder äußere Zutat (Verzierung, Aufmachung, Etikettierung, Ver-

packung und ähnliches; KB. 7 zum WarenZG.) oder doch wenigstens als solches gewolltes und geeignetes Kennzeichen äußerer Art eines Bestandteils; dagegen ist keine Ausstattung die einem bestimmten Gebrauchszweck dienende besondere Formgebung (RG. 40 67). Ausstattung ist nicht die wörtliche Bezeichnung der Ware für sich allein (RG. 38 167). — Der Schutz ist nur für diejenige Ausstattung gegeben, die tatsächlich verwendet wird; es genügt nicht, daß das Publikum irrtümlich die betreffende Ausstattung für das Kennzeichen der Ware eines anderen hält (RGSt. 29 249, 31 29). Beginnt der Gebrauch einer neuen Ausstattung, so dauert dennoch der Schutz der älteren Ausstattung für die älteren Vorräte und für die bereits an die Kunden versendeten Waren fort (RGSt. 31 29). Der § 15 schafft nicht ein selbständiges Ausstattungsrecht als besonderes Genußgut; infolgedessen besteht nicht weitergehend auch eine Verpflichtung zur Herausgabe des widerrechtlich gezogenen Gewinns und zur Rechnungslegung über diesen Gewinn (RG. 47 101). Zulässig dagegen ist die Klage auf Unterlassung, falls Fortsetzung oder Wiederholung des verbotenen Verhaltens zu befürchten ist (RG. 53 401).

c. **Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs** v. 27. Mai 1896 (RGBl. 145):

§ 8. „Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift in einer Weise benutzt, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein Anderer befugterweise bedient, ist diesem zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Auch kann der Anspruch auf Unterlassung der mißbräuchlichen Art der Benutzung geltend gemacht werden."

§ 13 Abs. 4, 5. „Ist in den Fällen der §§ 1, 6 und 8 auf Unterlassung Klage erhoben, so kann in dem Urteile der obsiegenden Partei die Befugnis zugesprochen werden, den verfügenden Teil des Urteils innerhalb bestimmter Frist auf Kosten der unterliegenden Partei öffentlich bekannt zu machen.

Die Art der Bekanntmachung ist im Urteil zu bestimmen."

Über das Verhältnis des UnlWG. § 8 zu WarenZG. § 14 vgl. RGSt. 29 333. Auch die an sich befugte Benutzung des eigenen Namens und der eigenen Firma kann doch für Verwechselungen berechnet und geeignet und deshalb nach UnlWG. § 8 strafbar sein (RG. 44 103). Der Umstand, daß Name oder Firma Bestandteil eines für den Benutzer eingetragenen Warenzeichens sind, hindert nicht die Anwendung des § 8 (RG. 48 239). Sowohl der Wille des Benutzers, wie eine gewisse sachliche Beschaffenheit der Benutzung werden erfordert. Bei wiederholter Benutzung schließt das Vorhandensein des guten Glaubens bei der ersten Benutzung nicht aus, daß bei einer späteren Benutzung dennoch der Wille, Verwechselungen hervorzurufen, vorhanden ist (RG. 41 84). Eine vor Inkrafttreten des Wettbewerbsgesetzes angefangene mißbräuchliche Benutzung darf fortgesetzt werden, wenn sie bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits aufgehört hatte, zur Hervorrufung von Verwechselungen geeignet zu sein (RG. 40 22). Die Verfolgung der mißbräuchlichen Benutzung eines Zeitungstitels wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Mißbraucher den von ihm benutzten Zeitungstitel als Warenzeichen hat eintragen lassen; andererseits bewirkt die Verurteilung zur Unterlassung des Gebrauchs eines Zeitungstitels als solchen nicht einen Eingriff in das Recht des Verurteilten, diesen Zeitungstitel als Warenzeichen zu benutzen (RG. 44 101). Der Anspruch auf Unterlassung kann geltend gemacht werden, auch wenn in der Vergangenheit, obgleich nicht bei Klagezustellung, die Benutzung stattgefunden hat, und eine künftige Benutzung, als Fortsetzung der vergangenen zu erwarten steht (RG. 48 241, 53 401). Auch bezüglich des Unterlassungsanspruchs ist anspruchsberechtigt nur der bezüglich des Namens, der Firma, oder der besonderen Bezeichnung Eigenberechtigte, nicht jeder Dritte, auch wenn er ein rechtliches Interesse hat (RG. 55 243).

Vierter Abschnitt.

Handelsbücher.

I. Verpflichtung zu Aufzeichnungen (§ 38).

§ 38.

Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen.

Er ist verpflichtet, eine Abschrift (Kopie oder Abdruck) der abgesendeten Handelsbriefe zurückzubehalten und diese Abschriften sowie die empfangenen Handelsbriefe geordnet aufzubewahren.

ADH. Art. 28. **Entw. I** § 34. **Entw. II** § 37.

I. **Buchführung.**

a. **Kaufmann.** Vgl. § 1 Anm. IV.

1. Verpflichteter ist jeder Vollkaufmann. Nicht Minderkaufleute (§ 4). Dem Kaufmann stehen gleich die Handelsgesellschaften und die anderen Gesellschaften mit Kaufmannseigenschaft (§ 6 Anm. II). Soweit eine gesetzliche Vertretung des vertretungsbedürftigen Kaufmanns stattfindet, ruht die in § 38 ausgesprochene Verpflichtung auf dem Vertreter. Daher ruht z. B. bei Aktiengesellschaften die Pflicht auf allen Mitgliedern des Vorstandes (§ 239 Anm. I, Plenarentscheidung RGSt. 13 237); ebenso bei Genossenschaften (GenG. § 33 Abs. 1); bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung auf den Geschäftsführern (GmbHG. § 41). Für die oHG. und KG. hängt die Beantwortung der Frage nach dem Verpflichteten davon ab, ob (was von uns vertreten) die oHG. und KG. als solche, oder ob (was herrschende Meinung) jeder einzelne persönlich auftretende Gesellschafter als Kaufmann in Ansehung des gesellschaftlichen Betriebes angesehen wird (hierüber § 1 Anm. IV d 3). Wird erstere Ansicht zu grund gelegt, so sind verantwortlich für die Buchführung nur die vertretungsermächtigten Gesellschafter der oHG. und KG. Wird dagegen die herrschende Ansicht zu grund gelegt, so ist jeder der Gesellschafter für die Buchführung verantwortlich, auch wenn vertraglich sie einem unter ihnen übertragen ist. Auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen offenen Gesellschafter sind dann für verpflichtet zu erachten, für ordnungsmäßige Buchführung zu sorgen (Staub Anm. 3, Goldmann Anm. 1, Lehmann Nr. 2; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III 2), da die Verpflichtung im Interesse der Allgemeinheit auferlegt ist und deshalb nicht angenommen werden kann, daß durch Verträge der mehreren Verpflichteten untereinander die nach außen bestehende Verpflichtung dem einzelnen abgenommen werden kann, zumal durch solche Verträge alle Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden können. Keinesfalls sind die Kommanditisten verantwortlich für die Buchführung der KG. (dagegen Lehmann Nr. 2), da auch nach herrschender Meinung sie nicht Kaufmann sind. Die einzelnen Gesellschafter — außer wenn sie, abgesehen von dem Betreiben des Gewerbes durch die Gesellschaft, auch persönlich ein Handelsgewerbe betreiben — brauchen nicht besondere Bücher über ihr Vermögen zu führen, denn sie sind nicht, oder doch jedenfalls in Ansehung ihres Privatvermögens nicht Kaufleute (§ 1 Anm. IV d 3). Ein Antrag, der dahin ging, jeden persönlich haftenden Gesellschafter zu verpflichten, für sich alljährlich einen gesonderten Abschluß über sein Gesamtvermögen zu machen (P. 933), blieb unerledigt. Führt der Testamentsvollstrecker ein zum Nachlaß gehörendes Handelsgewerbe, so ist er, nicht die Erben, verantwortlich für die Buchführung (Düringer-Hachenburg Anm. III 1). Wer aufhört, Kaufmann zu sein, ist von diesem Zeitpunkt an nicht mehr zur Buchführung verpflichtet, selbst wenn die Firma nicht gelöscht

wird. Ebenso bleibt der ausscheidende offene Gesellschafter nicht für die künftige Buchführung der Gesellschaft verantwortlich, auch wenn das Ausscheiden nicht im Handelsregister vermerkt wird (RGSt. 13 310).

2. Bezieht sich die Buchführungspflicht auch auf die nicht zum vollkaufmännischen Betrieb gehörenden Vermögensteile? Da die im HGB. für Kaufleute gegebenen Vorschriften die stillschweigende Beschränkung in sich tragen, daß sie nur gelten, insoweit jene Kaufmannseigenschaft besteht (§ 1 Anm. IV b), so sind auch die Vorschriften der §§ 38, 39 einschränkend dahin auszulegen, daß sie nur insoweit gelten, als der Verpflichtete in seiner Eigenschaft als Kaufmann handelt; in der Buchführung kommt auch beim Einzelkaufmann die Unterscheidung zwischen seinem Privatvermögen und seinem Handlungsvermögen zum Ausdruck (ROH. 8 41). Die gegenteilige Ansicht würde dahin führen, daß z. B. der Landwirt, der mit Bezug auf ein Nebengewerbe in das Handelsregister eingetragen ist, die Lage auch seines im landwirtschaftlichen Hauptbetrieb angelegten Vermögens in den Handelsbüchern ersichtlich machen und die Eröffnungsbilanz sowie die jährliche Bilanz und Inventur auch bezüglich seiner Landwirtschaft aufnehmen müßte (diese Folgerung zieht in der Tat der Staatssekretär des Reichsjustizamts in KB. 7); der Einzelkaufmann hätte jährlich unter anderem auch die in seiner Privatwohnung befindlichen Möbel, Kleidungsstücke, Schmucksachen und ähnliches in der Inventur und Bilanz aufzuführen (vgl. H. Makower & Simon, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines HGB. 12, 30, 73). Dennoch ist herrschende Ansicht, daß die Handelsbücher des Kaufmanns seine Vermögenslage auch bezüglich derjenigen Bestandteile ersichtlich machen müssen, die in einem nichtkaufmännischen oder minderkaufmännischen Geschäft stecken (RGSt. 5 408, 25 3) oder zu seinem Privatvermögen gehören (RGSt. 5 409: der Privatverbrauch muß aus den Büchern ersichtlich sein; RGSt. 17 302: ebenso die auf einem Privathaus lastenden Schulden). Indessen sind doch selbst nach Ansicht des Reichsgerichts (RGSt. 25 171) über das nichtkaufmännische oder minderkaufmännische Nebengeschäft keine Bücher zu führen, vielmehr nur die Schlußergebnisse jenes Nebengeschäfts, bei Inventuraufnahme die darin vorhandenen Vermögenswerte, bei Bilanzziehung der darin erzielte Gewinn oder Verlust, in den Büchern des Handelsgewerbes erkennbar zu machen. Die herrschende Ansicht wurde früher dadurch unterstützt, daß ADH. Art. 28 die „vollständige" Ersichtlichmachung der Lage des Vermögens vorschrieb (während jetzt HGB. § 38 nur eine Ersichtlichmachung „nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung" verlangt), ferner dadurch, daß die Sonderbestimmung des ADH. Art. 29 Abs. 3, wonach bei Handelsgesellschaften die Bestimmungen über Inventur und Bilanz in bezug auf das Gesellschaftsvermögen zur Anwendung kommen sollten, den Rückschluß nahe legte, daß für den Einzelkaufmann eine entsprechende Beschränkung nicht vorhanden sein solle. Die von der herrschenden Ansicht verlangte Handlungsweise widerspricht den Anschauungen der beteiligten Kreise. — Ist das Hauptgeschäft ein nichtkaufmännisches und das gleichzeitig betriebene Nebengeschäft ein vollkaufmännisches, so sind über letzteres Bücher zu führen (RGSt. 4 283).

3. Buchführung bei mehreren Niederlassungen. Betreibt ein Kaufmann dasselbe Geschäft in mehreren Niederlassungen (§ 17 Anm. IIIc 2), so muß eine gemeinsame Buchführung stattfinden, selbst wenn der Betrieb in einer Niederlassung ein so geringer ist, daß er an sich die Pflicht zur Buchführung nicht begründen würde (RGSt. 5 408; vgl. § 13 Anm. I b 2).

b. **Bücher.** Vgl. § 45 Anm. I. Die Zahl und Gattung der zu führenden Bücher ist wegen der Mannigfaltigkeit der kaufmännischen Geschäfte mit Absicht nicht vorgeschrieben (M. 20, P. 44, D. 43). Immerhin sind aber die Bücher entweder gemäß einem der allgemein anerkannten Systeme kaufmännischer Buchführung oder doch so anzulegen, daß die Buchführung durch ihre Form oder durch die bei ihrer Handhabung festgehaltenen besonderen Regeln und Grundsätze die Erreichung des durch eins der anerkannten Systeme erzielten Ergebnisses verbürgt; andere, wenn auch vollständige, Aufzeichnungen genügen nicht (RGSt. 25 37). Die doppelte Buchführung ist nicht erforderlich. Durch die Vorschrift jedoch,

daß bei der AG. und KAG. die Gewinn- und Verlustrechnung (§§ 260, 320 Abs. 3) zu fertigen ist, wird für diese Gesellschaften die doppelte Buchführung notwendig (§ 260 Anm. Vb). Ein Antrag, die Führung von Geheimbüchern zu untersagen, ist abgelehnt worden (P. 56). — Für einzelne Arten von Gewerbebetrieben sind besondere Bücher vorgeschrieben; so für Annahme von Wertpapieren zur Verwahrung (G. betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere 5 VII 96 § 1, RGBl. 183), für das Pfandleihgewerbe in Preußen (Pr.G. 17 III 81 § 5, GS. 265; EGBGB. Art. 94), für den gewerbsmäßigen Handel mit ländlichen Grundstücken in Baden (Badische Vdg. 15 V 95 ZHR. 45 305). Über das Tagebuch der Handelsmakler vgl. § 100 Anm. I. Über das Aktienbuch vgl. § 222 Anm. IIc. Das Kopierbuch, wenn geführt, wird gleichfalls als Handelsbuch im Sinn der §§ 43ff. anzusehen sein (§ 45 Anm. I), wenngleich allerdings § 38 Abs. 1 auf dies Buch nicht mitbezogen werden kann. — Die Handelsbücher sind Urkunden im Sinn des Strafgesetzbuchs, es müßte denn im einzelnen Fall Zweck der Buchführung ausnahmsweise gewesen sein, nur sich selbst über den Stand des Geschäfts eine Übersicht zu verschaffen, nicht gleichzeitig auch nötigenfalls den Schuldnern und Gläubigern gegenüber auf die Bücher als Beweismittel sich berufen zu können (RGSt. 4 7). — Wer bei Geschäftsveräußerung den Anspruch auf den Besitz der bisherigen Handelsbücher hat, vgl. § 22 Anm. IIIc. Die Geschäftsbücher gehören zur Konkursmasse (KO. § 1 Abs. 3); doch dürfen sie vom Verwalter nur mit dem Geschäft im Ganzen und nur insoweit veräußert werden, als sie zur Fortführung des Geschäftsbetriebs unentbehrlich sind (KO. § 117 Abs. 2). — Ein Handelsbuch kann „Vermögen" im Sinn des § 23 CPO. darstellen (RG. 51 165).

c. **Inhalt der Buchführung.** Zweierlei soll durch die Bücher ersichtlich gemacht werden: die Handelsgeschäfte (§ 343 Anm. II) und die Lage des Vermögens. In welchem Umfang die letztere, ob nur bezüglich des Handlungs- oder auch des sonstigen Vermögens, s. Anm. Ia 2. Das einzelne Handelsgeschäft geht nach den Grundsätzen der üblichen Buchführung nicht unmittelbar aus den Büchern hervor, sondern nur die infolge des Handelsgeschäfts eingetretene Vermögensänderung. Darauf, daß der § 38 nichts anderes verlangt, wird durch den Zusatz hingewiesen, daß auch die Handelsgeschäfte nur „nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung" ersichtlich gemacht werden sollen (D. 44). Wie im einzelnen die Bücher zu führen sind, ist nach den Gepflogenheiten sorgfältiger Kaufleute zu beurteilen (D. 44). Der Pr. Entw. lautete: „aus welchen zu jeder Zeit seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sind". Dies wurde abgelehnt, weil es keine Art der Buchführung gebe, die dazu führe, daß man aus den Büchern (ohne Zurhandnahme anderer Behelfe, wie Inventur und Schätzung des Warenlagers) zu jeder Zeit den Stand des Vermögens eines Kaufmanns ersehen könne (P. 44). Die Grundsätze kaufmännischer ordnungsmäßiger Buchführung stimmen nicht in allen Beziehungen mit den entsprechenden Rechtsbegriffen überein. So werden z. B. Forderungen und Verbindlichkeiten aus zweiseitigen Verträgen in der Regel erst nach einseitiger Erfüllung gebucht; Rückgriffsforderungen werden in der Regel nicht ersichtlich gemacht (vgl. jedoch § 40 Anm. IIIf); nur zwecks Erfüllungsversuchs entgegengenommene Forderungsübertragungen (Wechsel) werden gebucht, als sei Annahme an Erfüllungsstatt geschehen; unter Vorbehalt fremden Eigentums empfangene Betriebsgegenstände (z. B. Maschinen auf Abzahlung) und Waren (z. B. Kommissionswaren) werden oft buchmäßig nicht von den zu eigenem Eigentum übertragenen unterschieden; im Effektengiroverkehr (Simon, Bilanzen 341) wird das Guthaben bei der Girobank wie ein vorhandener eigener Bestand an Effekten gebucht. Über die Art der Bewertung in der Bilanz, vgl. § 40 Anm. I, II.

II. **Handelsbriefe.** Von den abgesandten Handelsbriefen ist eine Inhaltswiedergabe (gleichgültig, ob durch Nachschreiben oder in anderer Weise hergestellt) zurückzubehalten. Der Pr. Entw. hatte eine „wörtliche" Abschrift verlangt. „Wörtlich" ist gestrichen worden, um anzudeuten, daß auch eine Abschrift der Briefe nach ihrem wesentlichen Inhalt genüge (P. 45); indessen ist eine Abschrift nur des wesentlichen Inhalts keine Abschrift, sondern nur ein Auszug des Briefs, so daß dennoch der Vorschrift des § 38 Abs. 2 nur durch Zurückbehaltung vollständiger Abschriften genügt wird (Goldmann Anm. 2; dagegen Staub Anm. 7). Sowohl

die Abschriften der abgesandten Handelsbriefe, wie die empfangenen Handelsbriefe sind geordnet aufzubewahren. Nach welchem Grundsatz die Ordnung erfolgt, ob z. B. nach der Zeitfolge, nach den Angelegenheiten, auf welche die Briefe sich beziehen, oder nach der Person, mit welcher der Briefwechsel stattgefunden hat, bleibt jedem Kaufmann überlassen. Die im ADH. enthaltene Vorschrift, daß die abgesandten Handelsbriefe „nach der Zeitfolge in ein Kopierbuch einzutragen" sind, wurde nicht in das HGB. aufgenommen, die Sammlung der Briefe in einem Kopierbuch ist mithin nicht mehr notwendig.

III. **Erzwingung der Verpflichtungen aus § 38.** Eine Erzwingung der in § 38 bestimmten Verpflichtungen ist im HGB. nicht vorgesehen. Im Fall der Zahlungseinstellung oder des Konkurses kommen jedoch die Strafvorschriften der Konkursordnung über einfachen oder betrüglichen Bankerutt zu Anwendung, wenn Handelsbücher nicht oder wenn sie so geführt sind, daß sie keine Übersicht des Vermögenszustandes gewähren. Strafbar ist hiernach nicht schon die Unterlassung der Führung oder unordentliche Führung eines einzelnen Handelsbuchs, wenn die übrigen dennoch eine genügende Übersicht des Vermögenszustandes gewähren (RGSt. **11** 143, 161, **30** 170). — Für das Tagebuch der Handelsmakler gilt die besondere Strafvorschrift des HGB. § 103. — Der Kaufmann bleibt persönlich verantwortlich für die Buchführung, auch wenn er selbst nicht die erforderlichen Kenntnisse besitzt und die Buchführung einem tauglich erscheinenden Buchhalter überlassen hat (RGSt. **4** 421, RG. VerStS. **13** 241). Die strafrechtliche Verantwortlichkeit wird aufgehoben, wenn ein Strafausschließungsgrund (StGB. §§ 51 ff.) vorliegt. Ein solcher (StGB. § 59) ist auch ein entschuldbares Versehen (RGSt. **29** 308). Ebenso, wenn die Nichtbeobachtung der Vorschrift des § 38 nicht einmal fahrlässig, sondern ganz unverschuldet war, z. B. wenn die Krankheit des Kaufmanns eine so erhebliche war, daß er nicht einmal für Vertretung sorgen konnte (Staub Anm. 4), wenn der Buchführungspflichtige am Betreten des Geschäftsraums zwangsweise verhindert wurde und nicht in der Lage war, dies Hindernis zu beseitigen, wenn er durch seinen Gesellschafter ohne eigenes Mitverschulden über den wahren Inhalt der abgeschlossenen Rechtsgeschäfte getäuscht worden ist (RGSt. **1** 49), wenn er ohne eigenes Verschulden nicht in der Lage war, die von einem zur Buchführung Mitverpflichteten begangenen Fehler zu verhindern oder die dadurch entstandenen Mängel zu beseitigen (RGSt. **13** 360).

II. Inventar und Bilanz (§§ 39—42).

§ 39.

Zeit der Aufstellung.

Jeder Kaufmann hat bei dem Beginne seines Handelsgewerbes seine Grundstücke, seine Forderungen und Schulden, den Betrag seines baaren Geldes und seine sonstigen Vermögensgegenstände genau zu verzeichnen, dabei den Werth der einzelnen Vermögensgegenstände anzugeben und einen das Verhältniß des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß zu machen.

Er hat demnächst für den Schluß eines jeden Geschäftsjahrs ein solches Inventar und eine solche Bilanz aufzustellen; die Dauer des Geschäftsjahrs darf zwölf Monate nicht überschreiten. Die Aufstellung des Inventars und der Bilanz ist innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Zeit zu bewirken.

Hat der Kaufmann ein Waarenlager, bei dem nach der Beschaffenheit des Geschäfts die Aufnahme des Inventars nicht füglich in jedem Jahre geschehen kann, so genügt es, wenn sie alle zwei Jahre erfolgt. Die Verpflichtung zur jährlichen Aufstellung der Bilanz wird hierdurch nicht berührt.

ADH. Art. 29 Abs. 1, 2. **Entw. I** § 35. **Entw. II** § 38.

I. **Inhalt** von Inventar und Bilanz.

a. **Gemeinsames.** Die Begriffsbestimmung ist in § 39 Abs. 1 enthalten; durch die Worte „solches" und „solche" in Abs. 2 ist hierauf zurückverwiesen. Für den Inhalt von Inventar und Bilanz soll — ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Anfertigung — der Zeitpunkt zu grund gelegt werden, für den sie eine Wiederspiegelung des damaligen Zustandes bieten sollen. Daher für Eröffnungsinventar und -bilanz der Zeitpunkt des Gewerbebeginns (RGSt. 26 225), für die späteren Inventare und Bilanzen der Schluß des Geschäftsjahres (§ 39 Abs. 2). Weicht der Zeitpunkt der wirklichen Inventaraufnahme von dem Zeitpunkt, für welchen sie erfolgen soll, ab, so ist deren Inhalt auf Grund der in den Handelsbüchern verzeichneten Vorgänge der Zwischenzeit so zu berichtigen, daß sie auf letzteren Zeitpunkt zurückgeführt ist. — Ob Inventar und Bilanz nur das Handlungsvermögen oder auch das Privatvermögen zu umfassen haben, vgl. § 38 Anm. I a 2.

b. **Inventar.** Nach § 39 Abs. 1 besteht es in einem genauen Verzeichnis 1. der Vermögensgegenstände des Kaufmanns, einschließlich der Grundstücke und des baren Geldes, unter Angabe des Werts der einzelnen Gegenstände, 2. seiner Forderungen, 3. seiner Schulden.

c. **Bilanz.** Nach § 39 Abs. 1 besteht sie in einem das Verhältnis des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß. Ob diese Begriffsbestimmung, die das Wesen der Bilanz in der Gewährung einer Vermögensübersicht sieht, uneingeschränkt auch auf die Bilanz der AG. und ähnlicher Vereinigungsformen paßt, vgl. § 261 Anm. II. Nicht durch jeden Verstoß gegen die Vorschriften der kaufmännischen Buchführung oder der besonderen für einzelne Vereinigungsformen geltenden Gesetzesvorschriften (z. B. § 261) hört die Vermögensübersicht auf, Bilanz zu sein; so z. B. nicht dadurch, daß die Höhe der Abschreibungen nicht angegeben ist (OLG. Hamburg 11 X 01 EntschFG. 2 237 KGJ. 23 D 20 OLGRspr. 3 279). Keine Bilanz aber liegt vor, wenn die Aktiven und die Passiven nur in je einer Endsumme einander gegenübergestellt (KG. 5 III 00 KGJ. 20 A 64 JMBl. 632), oder wenn auch nur Kapitalposten und Schulden zu einem Posten zusammengezogen sind (KG. 2 IV 02 EntschFG. 3 81 KGJ. 24 A 201); vielmehr muß, mindestens in großen Zusammenfassungen, angegeben werden, durch welche Vermögensgegenstände die Aktiven, und durch welche Einzelposten die Passiven gebildet werden. Nichtvorhandene Arten von Vermögensstücken brauchen nicht ausdrücklich als nichtvorhandene gekennzeichnet werden, genügend ist ihre Nichterwähnung (KG. 12 IX 03 OLGRspr. 8 261). — Über Gewinn- und Verlustrechnung vgl. § 260 Anm. V b.

II. **Zeitpunkt der Anfertigung.**

a. **Eröffnungs**inventar und -bilanz.

1. „Bei" Beginn des Handelsgewerbes sind beide aufzustellen (§ 39 Abs. 1). „Bei" soll nur den ungefähren Zeitpunkt andeuten und ist gleichbedeutend mit gelegentlich des Beginnes (vgl. § 73 Anm. II b, § 198 Anm. II, § 358 Anm. III a, § 441 Anm. I b 4). Eine zwischen den ersten Warenanschaffungen und dem einige Wochen später erfolgten ersten Verkauf gezogene Bilanz ist rechtzeitig aufgenommen (RGSt. 27 228), wenn auch an sich der Gewerbebetrieb bereits mit der Anschaffung beginnt (§ 1 Anm. II b). Das Gegenteil ist angenommen bei Ziehung der Bilanz 3 Monate nach Geschäftsübernahme (RGSt. 28 430).

2. Beginn eines „Handelsgewerbes" kann vorliegen, selbst wenn das „Geschäft" (vgl. z. B. § 22 Anm. I b) nicht begonnen, sondern fortgeführt wird. So bildet die Fortführung eines von einer Handelsgesellschaft betriebenen Geschäfts durch einen der bisherigen Gesellschafter, selbst bei Beibehaltung der bisherigen Firma, den Beginn eines neuen Handelsgewerbes und verpflichtet daher zur Anfertigung einer Eröffnungsbilanz (RGSt. 16 55, 26 223). Ebenso bei Erwerb durch Erbgang (RGSt. 28 428). Dasselbe gilt der Regel nach, wenn der frühere Gemeinschuldner nach beendigtem Konkurs das frühere Geschäft fortführt (RGSt. 25 77).

b. **Spätere** Inventare und Bilanzen. Beide müssen jährlich aufgestellt werden (§ 39 Abs. 2); bezüglich des Inventars ist aber für Ausnahmefälle zugelassen, daß es nur alle zwei Jahre aufgenommen wird (§ 39 Abs. 3). Erfolgt die Aufnahme des Inventars nur in jedem zweiten Jahr, so muß die in dem Zwischenjahr zu ziehende Bilanz auf dem vorjährigen Inventar fußen und die aus den Handelsbüchern ersichtlichen Änderungen des

Bestandes berücksichtigen (P. 46). Wird nur alle zwei Jahre Inventar aufgenommen in Fällen, in denen dies jährlich hätte geschehen müssen, so ist diese Unterlassung nur dann strafbar nach § 240 Nr. 3 KO., wenn hierdurch so erhebliche Mängel der Bilanz (welcher das Inventar als Unterlage dienen soll) herbeigeführt sind, daß infolge dieser Mängel die Buchführung, deren Teil die Bilanzziehung bildet, in einen derartigen Zustand der Unordnung versetzt ist, daß sie keine Übersicht des Vermögenszustandes gewährt (RGSt. 30 170). Während für den Inhalt von Inventar und Bilanz der Schluß des betreffenden Geschäftsjahrs zu grund zu legen ist (oben Anm. Ia), wird deren Anfertigung in der Regel erst später erfolgen. Sie muß jedoch „innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Zeit" vollendet sein. Für die AG. (§ 260 Abs. 2), KAG. (§ 325 Nr. 3), Gen. (GenG. § 33 Abs. 2) und GmbH. (GmbHG. § 41 Abs. 2, 3) sind bestimmte Fristen für die Vollendung der Bilanzaufstellung festgesetzt. — Vertraglich kann auch eine häufigere als die gesetzliche Inventaraufnahme oder Bilanzziehung bedungen werden (ROH. 20 245). — Ob während Liquidation bei der oHG. und KG. Jahresbilanzen aufzunehmen sind, vgl. § 154 Anm. II. Bei der AG. (§ 299 Abs. 1) und KAG. (§ 320 Abs. 3) besteht auch während Liquidation die Pflicht zur Aufstellung jährlicher Bilanzen.

III. **Geschäftsjahr.** Das Geschäftsjahr braucht nicht mit dem Kalenderjahr zusammenzufallen (D. 44). Es darf nicht länger als zwölf Monate (§ 39 Abs. 2), darf aber kürzer sein. Die Notwendigkeit kürzerer Geschäftsjahre kann sich unter Umständen bei Bestimmung des ersten Geschäftsjahrs oder bei Verlegung des Geschäftsjahranfangs ergeben (§ 260 Anm. IIa). Ob von Geschäftsjahren auch während Liquidation gesprochen werden kann, vgl. § 154 Anm. II, § 299 Anm. III.

§ 40.

Währung, Bewertung.

Die Bilanz ist in Reichswährung aufzustellen.

Bei der Aufstellung des Inventars und der Bilanz sind sämmtliche Vermögensgegenstände und Schulden nach dem Werthe anzusetzen, der ihnen in dem Zeitpunkte beizulegen ist, für welchen die Aufstellung stattfindet.

Zweifelhafte Forderungen sind nach ihrem wahrscheinlichen Werthe anzusetzen, uneinbringliche Forderungen abzuschreiben.

ADH. Art. 31. **Entw. I** § 37. **Entw. II** § 39.

I. **Reichswährung.** Die Bestimmung, daß die Bilanz in Reichswährung aufzunehmen sei, ist neu aufgenommen. Sie wird nur Anwendung zu finden haben bezüglich derjenigen Gewerbebetriebe, deren Hauptniederlassung im Gebiet der Reichswährung liegt. Forderungen und Schulden in anderer Währung sind auf Reichswährung zurückzuführen (ROH. 12 17). Reichswährung ist, wie eine Vergleichung mit der Begründung in D. 45 ergibt, gleichbedeutend mit „gesetzlicher Währung" gebraucht. Für Betriebe, deren Hauptniederlassung in einem Gebiet liegt, in welchem eine andere gesetzliche Währung als die Reichswährung gilt, ist daher die Aufstellung der Bilanz in der für das Gebiet der Hauptniederlassung maßgebenden Währung, auch wenn diese nicht die Reichswährung ist, zu fordern, und zwar sowohl, wenn die Hauptniederlassung in einer deutschen Kolonie liegt (Simon, Bilanzen 204, Staub Anm. 1; dagegen Lehmann Nr. 2, Goldmann Anm. 1), wie auch in Ansehung der inländischen Zweigniederlassung, wenn die Hauptniederlassung im Ausland liegt (Simon, Bilanzen 204, Düringer-Hachenburg Anm. I; dagegen Staub Anm. 1, Goldmann Anm. 1; vgl. § 265 Abs. 2 Satz 2).

II. **Allgemeine Bewertungsgrundsätze.**

a. **Maßgebender Zeitpunkt.** Für Vermögensgegenstände (körperliche Sachen, Rechte, Forderungen) und Schulden (mit Einschluß sonstiger Verbindlichkeiten, soweit sie nach den Regeln der kaufmännischen Buchführung überhaupt gebucht werden) soll der Wert angesetzt werden, den sie in dem Zeitpunkt hatten, für den die Aufstellung stattfindet, in der Regel also am Ende des Geschäftsjahrs (§ 39 Anm. Ia).

b. **Die verschiedenen Wertmaßstäbe.** Was in § 40 unter Wert zu verstehen, ist bestritten. Man unterscheidet „allgemeinen Veräußerungswert", „besonderen Veräußerungswert", „allgemeinen Gebrauchswert", „besonderen Gebrauchswert", je nachdem man den Wert bei entgeltlicher Veräußerung oder bei Gebrauch im Auge hat, und je nachdem man denjenigen Wert in Betracht zieht, den der Gegenstand in der Hand eines beliebigen der voraussichtlich in Betracht kommenden Nachfrager oder denjenigen, den er in der Hand des jetzigen Geschäftsherrn hat.

c. **Welcher dieser Wertmaßstäbe ist für die Bewertung in der Bilanz maßgebend?** Die herrschende Meinung neigt dazu, „Wert" in § 40 als „allgemeiner Veräußerungswert" auszulegen. Nach herrschender Meinung liegt der Bilanz der Gedanke einer vorausgesetzten allgemeinen Veräußerung aller Aktiva und Passiva zu grund, wobei jedoch davon auszugehen sei, daß nicht die Auflösung des Geschäfts und Verwertung der einzelnen Teile, sondern vielmehr der Fortbestand des Geschäfts als eines Ganzen beabsichtigt ist (ROH. 12 19, RG. 19 120, 43 127, Bolze 20 Nr. 574). Mithin sei unzulässig die Berücksichtigung der in den besonderen, vom Regelmäßigen abweichenden Verhältnissen des einzelnen Besitzers beruhenden, einer gleichen Betätigung in anderen Händen nicht fähigen Nutzungsmöglichkeiten; zulässig vielmehr nur die Berücksichtigung derjenigen Verhältnisse, die übertragbar und der gleichen Fortbetätigung bei Dritten fähig sind (RG. 19 122). — Diese herrschende Ansicht wird von Simon, Bilanzen §§ 71—81, 95 angegriffen. Er führt zunächst überzeugend aus, daß nicht unterschiedslos für alle Gegenstände der Veräußerungswert, sondern daß der Veräußerungswert oder der Gebrauchswert einzusetzen sei, je nachdem der Geschäftsherr den betreffenden Gegenstand zur entgeltlichen Veräußerung oder zum Gebrauch bestimmt hat (ebenso RG. 8 II 05 JW. 235[20] HoldheimsMSchr. 215, Rehm § 23 V, VI), und daß mithin der Wertansatz in der Regel zu ändern ist, wenn diese Bestimmung wechselt. Viel zweifelhafter ist, ob auch die fernere Ansicht Simons für zutreffend erachtet werden kann, daß in § 40 unter „Wert" nicht der allgemeine Gebrauchs- bezw. Veräußerungswert, sondern nur der besondere Gebrauchs- bzw. Veräußerungswert zu verstehen sei. Doch wird (vgl. namentlich die Beispiele bei Simon 361 f.) wohl auch dem beizutreten sein (ebenso Behrend § 131 Anm. 3; dagegen M. 170, RG. 43 127, Neukamp in HoldheimsMSchr. 98 199, Pinner § 261 Anm. V 1b; vermittelnd Düringer-Hachenburg Anm. II, Lehmann Nr. 4); der einzusetzende Wert ist auch nicht (was Staub Anm. 3, Goldmann Anm. 2, Rehm § 23 VII annehmen der allgemeine für jeden Inhaber des betreffenden Geschäfts bestehende („Geschäftswert"). Der Versuch Simons, seine Ansicht, daß der besondere Wert der maßgebende sei, auch aus dem Wortlaut des Gesetzes zu begründen (weil in § 261 Nr. 1 nur ein Ansatz „höchstens" zum Börsen- oder Marktpreis gestattet sei), ist allerdings nicht als gelungen zu erachten, denn bei richtiger Auslegung des Verhältnisses von § 261 Nr. 1 zu Nr. 3 (§ 261 Anm. VI c) kann jenes „höchstens" auch in anderer Weise erklärt werden (vgl. § 261 Anm. VI e 2 B). — In der Liquidationsbilanz müssen, da nicht ein Fortbetrieb des Geschäfts als eines Ganzen beabsichtigt ist, auch die bisherigen Gebrauchsgegenstände zum Veräußerungswert angesetzt werden. — Ob in § 261 mit „Wert" ein anderer Begriff als in § 40 zu verbinden, vgl. § 261 Anm. VI a 2.

d. **Innerhalb des so zu grund zu legenden Wertmaßstabes entscheidet das vernünftige Ermessen,** die Vorschrift des § 40 bedingt nicht, daß die zu einem kaufmännischen Geschäft gehörenden Warenvorräte und Betriebsanlagen zum Zweck der Bilanzaufstellung einer Abschätzung nach ihrem jeweiligen Verkaufs- bzw. Gebrauchswert unterzogen werden (vgl. D. 46). Der kaufmännischen Würdigung der Geschäftslage ist für den darauf beruhenden Wertansatz ein gewisses freies Ermessen zuzugestehen; doch darf die Bilanz nicht willkürlich, nach kaufmännischen Grundsätzen offenbar irrtümlich und falsch aufgestellt werden (RG. 43 127).

e. **Ist eine zu niedrige Bewertung der Vermögensgegenstände, eine zu hohe Bewertung der Schulden zulässig?** Durch die Vorschrift des § 40 sollte nicht der Handelssitte entgegengewirkt werden, wonach häufig die jährlichen Abschreibungen auf Betriebsgegenstände höher bemessen werden, als es mit Rücksicht auf die stattgehabte Abnutzung an sich erforderlich wäre (D. 46, OLG. Hamburg 24 X 04 OLGRspr. 10 240). Neukamp in ZHR. 48 450 sucht auszuführen,

daß § 40 überhaupt nur die Einsetzung eines zu hohen, nicht aber auch die Einsetzung eines zu niedrigen Wertes der Vermögensgegenstände verbiete (vgl. auch RG. 40 36). Dies ist aber mit dem Wortlaut des § 40 nicht vereinbar, wenngleich zuzugeben ist (dagegen Rehm § 20), daß stille Rücklagen (z. B. in Form zu hoher Abschreibungen) nicht durch zwingendes öffentliches Recht ausgeschlossen sind. — Bei Bilanzen zu privaten Zwecken (z. B. als Grundlage für eine Auseinandersetzung oder behufs Feststellung des Reingewinns gegenüber Dritten) brauchen die Beteiligten zu hohe Abschreibungen nicht zu dulden (RG. 9 VII 01 JW. 653 [19]), soweit dies nicht im Gesetz vorgeschrieben ist (§§ 237, 245) oder als vereinbart zu gelten hat. Denn zu hohe Abschreibungen sind stille Rücklagen; sie stehen der Anlegung eines Reservefonds gleich; auch dieser aber ist bei Bilanzen zu vorgedachten Zwecken im Zweifel zu berücksichtigen. Sind jedoch alle Beteiligte, z. B. die mehreren Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, unter sich darüber einig, daß zum Zweck ihrer Verrechnung untereinander zu hohe Abschreibungen gemacht oder daß in anderer Weise Aktiva unter ihrem wahren Wert eingesetzt werden, so darf dies geschehen (Bolze 12 Nr. 503, RG. 4 X 02 JW. 590 [14]). Wieweit derartige Abreden auch einer Auseinandersetzungsberechnung bei Ausscheiden eines Gesellschafters zu Grund zu legen, vgl. § 138 Anm. IV c. Unter welchen Umständen Aktionäre stille Rücklagen dulden müssen, vgl. § 213 Anm. II b, § 271 Abs. 3 Satz 2. Ob die Bilanz der AG. Vermögensbilanz oder nur Verteilungsbilanz, vgl. § 261 Anm. II.

III. **Bewertung der einzelnen Arten von Vermögensgegenständen und Verbindlichkeiten.** Besonderheiten bestehen für die AG. und KAG. (§§ 261, 320 Anm. VI b 11); diese besonderen für die AG. und KAG. gegebenen Bewertungsregeln sind mit Absicht nicht verallgemeinert worden (D. 45).

a. **Waren.** Bei Waren ist in der Regel der Markt- oder Börsenpreis, nicht ein auf willkürliches Ermessen oder bloße Spekulation zurückzuführender Wertanschlag einzusetzen (ROH. 12 18). Eine durch willkürliche Zugrundlegung künftiger Ankaufspreise nicht der wirklichen Geschäftslage entsprechende Minderbewertung der Warenvorräte verstößt gegen § 40 Abs. 2 (RG. 43 126; vgl. jedoch oben Anm. II e).

b. **Wertpapiere.** Sie sind einzusetzen zu dem Kurswert, den sie im Zeitpunkt, für den die Bilanz aufgestellt wird, haben, selbst wenn der Anschaffungspreis ein höherer (RGSt. 35 307) oder niedrigerer war. Ist ein Kurswert nicht vorhanden, so ist der geschätzte gegenwärtige allgemeine Verkaufswert einzusetzen.

c. **Betriebsgegenstände.** Sie sind einzusetzen zu ihrem „besonderen Gebrauchswert" (oben Anm. II c). Anders, wenn die Bilanz für einen Zeitpunkt aufgestellt wird, in welchem die Absicht besteht, das Geschäft aufzugeben und die bisherigen Betriebsgegenstände zu veräußern; so in der Regel bei der Liquidationseröffnungsbilanz; für eine solche Bilanz kommen die bisherigen Betriebsgegenstände nicht mehr als solche, sondern als Waren in Betracht.

d. **Forderungen.** Bei Forderungen, die zu dem Zeitpunkt, für welchen die Bilanz aufgestellt wird, noch nicht fällig sind, müssen die Zwischenzinsen und eine etwa vorauszusehende Wertsänderung, z. B. wegen Minderung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners, berücksichtigt werden (ROH. 12 17); letzteres auch dann, wenn nicht bereits bezüglich einer bestimmten einzelnen Forderung, sondern bezüglich einer ganzen Gattung von Forderungen auf Grund allgemeiner Erwägungen ein Ausfall zu vermuten ist (RG. 22 164). Eine Unterlassung der Abschreibungen gemäß § 40 Abs. 3 kann im Fall des Konkurses als unordentliche Buchführung strafbar sein, da die Aufstellung von Bilanz und Inventar zur Führung der Handelsbücher gehören (RGSt. 13 354; vgl. jedoch getrennte Aufführung in § 44).

e. **Sonstige Rechte und wirtschaftliche Güter.** Rechte sind, weil „Vermögensgegenstände", mit ihrem Wert einzusetzen. Dieser Wert ist unabhängig von den Herstellungskosten. Daher darf z. B. auch ein auf eigener Erfindungstätigkeit beruhendes Patent zum wirklichen Wert eingesetzt werden (dagegen RG. 3 III 04 HoldheimsMSchr. 160); ob zum Verkaufs- oder zum Gebrauchswert, ist abhängig davon, ob es zur Veräußerung oder zur Verwendung im eigenen Betrieb bestimmt ist (oben Anm. II c). Andererseits darf ein Patent nicht einfach mit den Kosten der darauf hinzielenden Versuche in die Bilanz eingesetzt werden, außer wenn entweder der Wert des Patents ein höherer, oder bei der AG. oder KAG. (§ 261

Nr. 3) das Patent für den eigenen Betrieb bestimmt ist. Rein wirtschaftliche Güter, z. B. Kundschaft, Fabrikationsgeheimnis, Konzession, dürfen nach den für Betriebsgegenstände maßgebenden Grundsätzen (oben zu c) in die Bilanz eingestellt werden, jedoch nach den üblichen Buchführungsgrundsätzen nur, wenn sie von Dritten erworben, nicht auch, wenn sie im eigenen Betrieb des Geschäftsherrn entstanden sind (Simon, Bilanzen § 47, RG. 9 VII 01 JW. 653[12]; abweichend Rehm § 69 IV, der Einstellbarkeit insoweit annimmt, als Aufwendungen dafür gemacht sind). Dem entgeltlichen Erwerb von einem Dritten steht in dieser Hinsicht gleich die Einlegung zu vereinbartem Wert in die Gesellschaft.

f. **Schulden.** Schulden, ebenso wie Forderungen (oben zu d), sind, wenn noch nicht fällig, unter Berücksichtigung der Zwischenzinsen einzusetzen (ROH. 12 17). So ist z. B. eine zu zahlende Rente zu kapitalisieren. Die Minderung der eigenen Zahlungsfähigkeit darf nicht berücksichtigt werden (ROH. 12 18 ist so beschränkt gemeint); dagegen kann auch bei ihnen der einzusetzende (voraussichtlich zu zahlende) Betrag geringer sein als der Nennbetrag, z. B. in den Fällen einer Gesamtschuld, einer bedingten Schuld, und des durch die Zahlung bedingten Entstehens einer Rückgriffsforderung.

g. **Schwebende Geschäfte.** Sie brauchen nur insoweit in der Bilanz berücksichtigt zu werden, als dies bei ordnungsmäßiger Buchführung geboten ist (§ 38 Anm. I c). In welchem Umfang es geboten, vgl. Simon §§ 50—53, 92, Rehm §§ 75 ff., 175. Die Berücksichtigung der durch abgeschlossene, jedoch beiderseits noch nicht ausgeführte Lieferungsgeschäfte auf Zeit entstandenen vermögensrechtlichen Verhältnisse bei Aufstellung der Bilanz ist nicht ausgeschlossen (ROH. 24 72, RG. 56 18); ob sie aber als Aktiva oder als Passiva, und zu welchem Wert sie zu buchen sind, ist Tatfrage (ROH. 24 72). In den regelmäßigen Fällen, in welchen es sich nicht um Veräußerung des Geschäfts oder Auseinandersetzung, sondern um Weiterbetrieb durch denselben Inhaber handelt, erfolgt jedoch eine derartige Buchung nicht, weil weder aus dem Inventar noch (OTr. 5 396, 12 160, eingeschränkt in Str. 58 9) aus den Handelsbüchern (außer etwa geführten Engagementsbüchern oder Verkaufsbrouillons ROH. 9 119) jene Verbindlichkeiten zu ersehen sind; die Berücksichtigung wäre umständlich und wegen der Schwierigkeit einer Schätzung wenig zuverlässig; in den gewöhnlichen Fällen würde sich auch Forderung gegen Schuld und Arbeit ausgleichen, so daß das Endergebnis der Bilanz hierdurch nicht geändert würde. Soweit aber eine solche Ausgleichung ausnahmsweise nicht eintreten würde, ist auch die Einsetzung eines das Zeitgeschäft berücksichtigenden Postens in die Bilanz erforderlich (Simon, Bilanzen § 51).

§ 41.

Unterzeichnung, Aufbewahrung.

Das Inventar und die Bilanz sind von dem Kaufmanne zu unterzeichnen. Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so haben sie alle zu unterzeichnen.

Das Inventar und die Bilanz können in ein dazu bestimmtes Buch eingeschrieben oder jedesmal besonders aufgestellt werden. Im letzteren Falle sind sie zu sammeln und in zusammenhängender Reihenfolge geordnet aufzubewahren.

ADH. Art. 30. **Entw. I** § 36. **Entw. II** § 40.

I. **Unterzeichnung.** Durch Unterzeichnung bekundet der Unterzeichnende sein Einverständnis mit dem Inhalt. Durch die Unterzeichnung übernimmt der Unterzeichnende für deren Inhalt die Verantwortlichkeit in öffentlichrechtlicher, namentlich strafrechtlicher Beziehung. Unter Umständen kann auch in der Unterzeichnung eine bürgerlichrechtlich wirkende Anerkennung liegen (Bolze 12 Nr. 503), z. B. wenn der Inhalt der Bilanz maßgebend ist für die Berechnung des Gewinnanteils der Gesellschafter oder eines Angestellten. Ist zwischen mehreren Unterzeichnungspflichtigen der aufzunehmende Inhalt streitig, so muß mangels einer Einigung jeder einzelne eine nach seiner Ansicht zutreffende Inventar- und Bilanzaufstellung unterschreiben, oder be-

Aufstellung ist die Ansicht des einen zu grund zu legen, und die anderen haben bei ihrer Unterschrift zu vermerken, welche einzelnen Ansätze und in welcher Weise dieselben nach ihrer Ansicht zu ändern wären. Das Unterlassen der Unterzeichnung einer rechtzeitig gezogenen Bilanz ist nicht strafbar im Fall des Konkurses (RGSt. 2 32, 7 88, RG.VerStS. 8 425). Auch für die Rechtsverhältnisse des bürgerlichen Rechts ist eine nicht unterschriebene, im übrigen ordnungsmäßige Bilanz im Zweifel als genügend anzusehen (RG. 28 V 98 JW. 438 [16]). Durch Genehmigung einer Bilanz wird nicht deren Anfechtung wegen eines Willensmangels (Irrtum, Täuschung usw.) ausgeschlossen (RG. 28 XI 02 JW. 03 29 [28]). Eine Unterzeichnung durch Bevollmächtigte, z. B. Prokuristen, genügt nicht; gesetzlichen Vertretern dagegen liegt die Pflicht zur Unterzeichnung ob.

II. **Aufbewahrung.** Dadurch, daß § 41 die Anlegung von Inventar- und Bilanzbüchern nicht für unerläßlich erklärt, ist die Versendung von Inventar und Bilanz an die auswärtigen Teilhaber des Geschäfts zur Unterschrift erleichtert (P. 46); auch die Unterzeichnung mehrerer gleichlautender Aufstellungen durch je einen Geschäftsinhaber genügt. Über die Dauer der Aufbewahrungspflicht bestimmt § 44.

§ 42.

Unternehmen deutscher staatlicher Körperschaften.

Unberührt bleibt bei einem Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes die Befugniß der Verwaltung, die Rechnungsabschlüsse in einer von den Vorschriften der §§ 39 bis 41 abweichenden Weise vorzunehmen.

ADH. — **Entw. I.** — **Entw. II** § 41.

Unter „Rechnungsabschlüsse" sind sowohl Inventar wie Bilanz verstanden (vgl. D. 46). Die Bestimmung des § 42 findet Anwendung sowohl auf die eingetragenen (§ 36) wie auf die nichteingetragenen Handelsunternehmungen.

III. Buchführung und Aufbewahrungspflicht (§§ 43, 44).

§ 43.

Äußerlichkeiten der Aufzeichnungen.

Bei der Führung der Handelsbücher und bei den sonst erforderlichen Aufzeichnungen hat sich der Kaufmann einer lebenden Sprache und der Schriftzeichen einer solchen zu bedienen.

Die Bücher sollen gebunden und Blatt für Blatt oder Seite für Seite mit fortlaufenden Zahlen versehen sein.

An Stellen, die der Regel nach zu beschreiben sind, dürfen keine leeren Zwischenräume gelassen werden. Der ursprüngliche Inhalt einer Eintragung darf nicht mittelst Durchstreichens oder auf andere Weise unleserlich gemacht, es darf nichts radirt, auch dürfen solche Veränderungen nicht vorgenommen werden, deren Beschaffenheit es ungewiß läßt, ob sie bei der ursprünglichen Eintragung oder erst später gemacht worden sind.

ADH. Art. 32. **Entw. I** § 38. **Entw. II** § 42.

I. **Sprache.** Lebende Sprachen, auch wenn sie in keinem deutschen Landesteil Volkssprache sind, und die Schriftzeichen derselben bleiben zulässig, z. B. die türkische; die Niederlassung ausländischer Kaufleute in Deutschland sollte nicht durch eine weitere Einschränkung erschwert werden (P. 48). Zwischen den mehreren zugelassenen Sprachen kann jeder willkürlich wählen (dagegen Lehmann Nr. 2); auch der Deutsche darf sich einer nichtdeutschen Sprache bedienen.

Die Vorschrift des § 43 Abs. 1, wonach statt der deutschen Sprache andere lebende Sprachen zugelassen sind, gilt nur für den inneren Geschäftsbetrieb; ob auch für die etwa vorgeschriebenen Bilanzveröffentlichungen, vgl. zu § 182 Abs. 2 Nr. 6. Nichtlebende Sprachen, z. B. Lateinisch oder Volapük, sind nicht zugelassen. Über die Sprache bei Firmen vgl. § 18 Anm. I b.

II. **Schriftzeichen.** Durch das Gebot, sich der Schriftzeichen einer lebenden Sprache zu bedienen, sollten namentlich hebräische Schriftzeichen für deutsche Worte von der Benutzung bei Führung der Handelsbücher ausgeschlossen werden (M. 22, P. 48, Zentralorgan 63 42; entsprechende ältere, jetzt aufgehobene preußische Bestimmungen in § 590 II 8 LR., G. 23 VII 47, GS. 263, § 6). — Deutsche Schriftzeichen sind sowohl die „gotischen" wie die „lateinischen", da beiderlei Schriftzeichen allgemein für die Wiedergabe deutscher Worte gebräuchlich sind. Die lateinischen Schriftzeichen sind aber auch Schriftzeichen anderer lebender Sprachen, daher jedenfalls zulässig. Daß nur die Schriftzeichen der betreffenden Sprache gebraucht werden dürfen, ist nicht vorgeschrieben. Auch die allgemein gebräuchlichen Arten der Kurzschrift sind als Schriftzeichen einer lebenden Sprache im Sinn des § 43 aufzufassen (dagegen Staub Anm. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II, Lehmann Nr. 3, Goldmann Anm. 1); sie bieten dieselbe Gewähr leichter Übertragbarkeit wie sonstige Schriftzeichen lebender Sprachen: mehr Personen werden in Deutschland ein in Kurzschrift Stolze-Schrey oder Gabelsberger geschriebenes Buch lesen können als ein in chinesischer Sprache mit chinesischen Schriftzeichen geschriebenes.

III. **Gebundene Bücher.** Die Vorschrift des Abs. 2 soll gewährleisten, daß die Schriftstücke nicht nachträglich der Wahrheit zuwider angefertigt werden. Die sogenannten fliegenden Konti der Buchhändler, Sammlungen loser Zettel, aus denen die Rechtsverhältnisse des Buchhändlers zu den verschiedenen Lieferanten ersehen werden können, sind keine genügenden Handelsbücher (RGSt. 17 301).

IV. **Tinte.** In der Regel ist Tinte oder ein anderer, später willkürliche Veränderungen erschwerender Stoff bei der Buchführung anzuwenden, damit sie als ordnungsmäßige gelten kann; indessen sind Notierungen mit Blei zulässig bei gewissen einzelnen Büchern oder Niederschriften, die nur einen vorläufigen Zweck haben oder auf der Stelle an Orten gemacht werden müssen, wo es an geeigneter Schreibgelegenheit fehlt, z. B. in Lagerräumen, an Bord von Schiffen, im Freien (ROH. 18 232). Bezüglich des z. B. an der Börse geführten Handbuchs der Makler vgl. § 100 Anm. I.

V. **Leere Zwischenräume.** Die Worte: „An Stellen, die der Regel nach zu beschreiben sind," sind mit Rücksicht darauf gewählt worden, daß es bei Anwendung der Briefkopierpresse unvermeidlich ist, jede zweite Seite in einem etwa geführten Briefkopierbuch freizulassen (M. 22). Auch ist es in manchen Fällen üblich, je zwischen zwei verschiedenen Konten einige Seiten freizulassen, um sie auf diese Weise getrennt zu halten (ROH. 18 233).

VI. **Rasuren** sind unbedingt untersagt (M. 22; bagegen Staub Anm. 3).

§ 44.

Dauer der Aufbewahrungspflicht.

Die Kaufleute sind verpflichtet, ihre Handelsbücher bis zum Ablaufe von zehn Jahren, von dem Tage der darin vorgenommenen letzten Eintragung an gerechnet, aufzubewahren.

Dasselbe gilt in Ansehung der empfangenen Handelsbriefe und der Abschriften der abgesendeten Handelsbriefe sowie in Ansehung der Inventare und Bilanzen.

ADH. Art. 33. **Entw. I** § 39. **Entw. II** § 43.

I. **Aufbewahrungspflicht.** Vgl. Delius, Die Aufbewahrung, Einsichtnahme und Benutzung der Handelsbücher nach Auflösung der Gesellschaft in ZHR. 46 48. Entsprechende Sonderbestimmungen sind gegeben für die oHG. (§ 157 Abs. 2), KG. (§ 161 Abs. 2), AG. (§ 302 Abs. 2), KAG. (§ 320 Abs. 3), Gen. (GenG. § 93), GmbH. (GmbHG. § 74). Die Aufbe-

wahrung an einem sicheren Ort auch außerhalb des Geschäfts genügt (RGSt. 2 32), z. B. Einreichung zu Vormundschaftsakten, Übergabe an einen sorgfältig ausgewählten Lagerhalter unter Zahlung der Lagerkosten. Die Pflicht zur Aufbewahrung dauert auch **nach** Auflösung des Handelsgeschäfts fort (P. 49). Bezüglich des Tagebuchs des Handelsmaklers s. § 100 Anm. I, über das Tagebuch des Kursmaklers auch § 100 Anm. III. Über Aufbewahrungspflicht bezüglich der Schlußnoten bestimmt Reichsstempelg. 27 IV 94 / 14 VI 00 (RGBl. 00 260) § 14: „Die Schlußnoten sind nach der Zeitfolge numeriert von denjenigen Anstalten und Personen, welche gewerbsmäßig abgabepflichtige Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte betreiben oder vermitteln, fünf Jahre lang, von anderen Personen ein Jahr lang aufzubewahren." — Über das Schicksal der Handelsbücher bei Geschäftsveräußerung vgl. § 22 Anm. III c. — Die Aufbewahrungspflicht geht auf die Erben über (Düringer-Hachenburg Anm. I). — Auch § 44 findet nur auf **Vollkaufleute** Anwendung (§ 4 Abs. 1).

II. **Gegenstand der Aufbewahrung** sind die Handelsbücher, die Abschriften der abgesendeten und die empfangenen Handelsbriefe, Inventare und Bilanzen, nicht auch die Belege (P. 936).

III. **Folgen vorzeitiger Vernichtung.** Die Vernichtung **vor** Ablauf der zehnjährigen Frist oder die zum Abhandenkommen führende Nachlässigkeit bei Aufbewahrung ist im Fall der Zahlungseinstellung oder des Konkurses nur dann strafbar nach den Bestimmungen der Konkursordnung, wenn hierdurch die Buchführung eine so unordentliche wird, daß sie keine Übersicht des Vermögensstandes gewährt (RG. 6 VII 92 JW. 419[2]). Eine Vernichtung **nach** dieser Zeit hat nur die Wirkung, daß hierdurch ein Beweismittel entzogen wird (M. 23). — Erben sind nicht strafrechtlich verantwortlich bei Verletzung ihrer Aufbewahrungspflicht bezüglich der Handelsbücher des Erblassers. Anders nicht schon (was Düringer-Hachenburg Anm. I annimmt), wenn sie das Geschäft des Erblassers fortführen, sondern nur, wenn sie neue Eintragungen in die alten Bücher vornehmen und dadurch diese Bücher zu den ihrigen machen.

IV. Vorlegung der Bücher (§§ 45—47).

§ 45.

Vorlegung im Rechtsstreit.

Im Laufe eines Rechtsstreits kann das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei anordnen.

Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Verpflichtung des Prozeßgegners zur Vorlegung von Urkunden bleiben unberührt.

ADH. Art. 37. **Entw. I** § 40. **Entw. II** § 44.

I. **Handelsbücher.** Vgl. § 38 Anm. I b. Hierunter fallen für die Anwendung der §§ 45—47 nicht nur die Bücher, die nach gesetzlicher Vorschrift geführt werden **müssen**, sondern auch diejenigen, die **freiwillig** geführt worden sind und in Beziehung zu dem Handelsgewerbe stehen (ROH. 2 130). Namentlich also ein etwa geführtes Briefkopierbuch (ebenso Rehm § 203 III C; vgl. P. 49, 938, Str. 35 157 bezüglich der nach dem ADH. **notwendigen**, nicht freiwilligen Kopierbücher), ein Betriebsbuch (ROH. 2 130), ein Bestellungs- oder Kommissionsbuch (ROH. 15 172), ein Speicherbuch (ROH. 18 231), sowohl Neben- wie Hauptbücher (ROH. 18 234). **Nicht** zu den Handelsbüchern gehören jedoch die nicht in einem Kopierbuch vereinigten Abschriften der abgesandten Handelsbriefe (ob sie trotzdem vorzulegen, vgl. unten Anm. III a 1). Ebensowenig die empfangenen Handelsbriefe. — Die §§ 45—47, da sie ein vor einem deutschen Richter schwebendes Verfahren voraussetzen, finden auf Anordnungen dieses Richters auch bezüglich der Handelsbücher eines **ausländischen** und im Ausland das Handelsgewerbe betreibenden Kaufmanns Anwendung (vgl. OTr. 11 377). — Auch die §§ 45—47 beziehen sich **nicht** auf die Bücher von Minderkaufleuten (§ 4 Abs. 1, RG. 23 X 03 JW. 421[7]); bezüglich dieser bewendet es bei den allgemeinen Bestimmungen des BGB. und der CPO. über Urkunden.

II. **Beweiskraft.**

a. **Älteres Recht.** Über die Geschichte der Beweiskraft der Handelsbücher Endemann in ZHR.

2 329; insbesondere über das Briefkopierbuch Anschütz in ZHR. 1 209. Das ADH. regelte die Beweiskraft der Handelsbücher in Art. 34—37. Vgl. auch ergänzend Pr.EGADH. 24 VI 61 §§ 8, 22. Die Art. 34—36 und 37 Satz 2 ADH. wurden aufgehoben durch EGCPO. 30 I 77. An ihre Stelle trat der allgemeine Grundsatz der §§ 286, 419 CPO. über die freie Würdigung des Beweises.

b. **Jetziges Recht.** Die Handelsbücher sind bezüglich ihrer Beweiskraft in keiner Weise von anderen Urkunden unterschieden. Die allgemeinen Vorschriften der CPO. über den Antritt des Urkundenbeweises, über die Anordnung der Vorlegung von Urkunden und über die Verpflichtung hierzu finden Anwendung, ergänzt durch die §§ 45—47 HGB. — Handelsbüchern ist nach wie vor in der Regel ein hoher Grad von Beweiskraft beizulegen; welches Maß von Beweiskraft sie haben, ist im Einzelfall zu prüfen (RG. 6 347). Sie sind nicht nur für das Verhältnis zwischen den Parteien, sondern auch für das Verhältnis einer Partei zu Dritten beweiskräftig. Der Grundsatz des HGB. § 884, daß als genügende Belege solche anzusehen sind, die im Handelsverkehr, namentlich wegen der Schwierigkeit der Beschaffung anderer Beweise, nicht beanstandet zu werden pflegen, ist von allgemeiner Anwendbarkeit für den Handelsverkehr (ROH. 4 409). Die Nichteintragung eines Geschäfts in ordnungsmäßig geführte Handelsbücher berechtigt in der Regel zu dem Schluß, daß das Geschäft nicht vorgenommen worden ist (ROH. 7 98, 18 98). Obgleich ein Kaufmann den Inhalt seiner Bücher in der Regel auch gegen sich gelten lassen muß, so schließt dies doch nicht aus, daß er durch andere Beweismittel einen bei der Eintragung untergelaufenen Irrtum nachweise (ROH. 13 343, 20 340).

III. **Vorlegungspflicht.** Vgl. Goldschmidt, Über Editionspflicht, insbesondere betreffend gemeinschaftliche Urkunden und Handelsbücher in ZHR. 29 341.

a. **Allgemein, ohne Beschränkung auf den Fall eines Rechtsstreits.**

1. Das BGB. § 810 bestimmt:

„Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem Anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem Anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind."

Die allgemeine Bestimmung des BGB. § 810 ist durch HGB. § 45 nicht berührt (ROH. 7 72, D. 47). Die herrschende Ansicht geht dahin, daß die Handelsbücher, deren Führung gesetzlich vorgeschrieben ist, gemeinschaftliche Urkunden sein können (RG. 23 X 03 JW. 421 [7]). Dasselbe muß auch für tatsächlich geführte gewöhnliche Geschäftsbücher von Minderkaufleuten oder Nichtkaufleuten gelten (dagegen RG. 23 X 03 JW. 421 [7]). Für die gewöhnlichen Fälle, in denen die Handelsbücher über die Auffassung einer der Parteien bezüglich eines unter ihnen abgeschlossenen Geschäfts Auskunft geben sollen, ist anzunehmen, daß die Vorlegungspflicht nach BGB. § 810 besteht, da sie eine, wenn auch einseitig aufgenommene Beurkundung des betreffenden Rechtsverhältnisses enthalten (dahingestellt: RG. 15 380; vgl. auch P. 944). Ebenso besteht die Vorlegungspflicht aus BGB. § 810 bezüglich der zurückbehaltenen Briefabschriften (RGSt. 35 146). Der § 810 BGB. ist nicht nur anwendbar, wenn die Urkunde das ganze Rechtsverhältnis umfassend beurkundet, sondern auch, wenn nur (wie z. B. bei Beurkundung der Zahlung) eine rechtliche Beziehung der Beurkundung zu dem Rechtsverhältnis besteht (RG. 56 112). Der Bürge, der eine Einwendung aus dem Recht des Hauptschuldners herleitet, kann Vorlegung unter denselben Voraussetzungen fordern, wie in Ansehung dieser Einwendung der Hauptschuldner (RG. 56 112). Der Kommittent kann die Vorlegung der Bücher des Kommissionärs zum Beweis der von letzterem abgeschlossenen Geschäfte über Kommissionswaren nicht fordern (RG. 18 24), denn zwar sind sie von Erheblichkeit für das Rechtsverhältnis zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten, da ersterer dem letzteren Rechnung zu legen hat, sie beurkunden aber nicht dieses Rechtsverhältnis, sondern das Rechtsverhältnis zwischen dem Kommissionär und einem Dritten. Ob Agenten und (§ 65) provisions-

berechtigten Handlungsgehilfen ein Recht auf Einsicht der Bücher des Geschäftsherrn zusteht, vgl. § 91 Anm. IV; ob gewinnbeteiligten Handlungsgehilfen, vgl. § 59 Anm. III b. Über das Einsichtsrecht des ausgeschiedenen Gesellschafters der oHG. vgl. § 138 Anm. IV b. Keine allgemeine Verpflichtung des Inhalts besteht, daß ein Schadensersatzpflichtiger durch Aufstellungen und Auszüge aus seinen Geschäftsbüchern bei Ermittlung der Schadenshöhe mitzuwirken habe (RG. 11 V 03 JW. 273[11]).

2. Art der Ausübung des Einsichtsrechts. Bei Ausübung des Einsichtsrechts darf sich die Partei der Hilfe eines Sachverständigen bedienen, dagegen braucht in der Regel ein Vertreter nicht zugelassen zu werden (ROH. 7 75, RG. 25 88), wohl aber in Fällen, in denen der Einsichtsberechtigte an persönlicher Einsichtnahme verhindert ist und soweit gegen die Persönlichkeit des Vertreters kein Bedenken vorliegt (vgl. BGB. §§ 226, 242). Über den Ort, an dem die Vorlegung zu erfolgen hat, bestimmt BGB. § 811.

3. Weitergehendes Einsichtsrecht auf Grund besonderen Rechtsverhältnisses. Auf Grund besonderen Rechtsverhältnisses, sowohl dinglichen wie forderungsrechtlichen, kann eine über BGB. § 810 hinausgehende Vorlegungspflicht bestehen. So z. B. auf Grund eines Eigentums- oder Besitzrechts an den Büchern. Oder auf Grund eines Gesellschaftsverhältnisses (BGB. § 716). Über das Recht des Vormundschaftsgerichts, die Vorlegung der Bücher des für den Mündel betriebenen Erwerbsgeschäfts mit kaufmännischer Buchführung zu verlangen, bestimmt BGB. § 1841 Abs. 2. Über das Recht der Gesellschafter der oHG. und KG. auf Einsicht der Gesellschaftsbücher vgl. § 118 Anm. II c, § 161 Anm. II b 8, § 166 Anm. I, über das entsprechende Recht des stillen Gesellschafters vgl. § 338.

b. **Im Rechtsstreit.**

1. Die Vorschriften der CPO. (HGB. § 45 Abs. 2). Für den Fall des Rechtsstreits erklärt § 45 Abs. 2 zur Vermeidung von Zweifeln (D. 47; auf dem hier verworfenen Standpunkt stand RG. 15 380) ausdrücklich die Vorschriften der CPO. über die Verpflichtung zur Vorlegung von Urkunden für anwendbar. In Betracht kommen CPO. §§ 142, 423 bezüglich derjenigen Schriftstücke, auf welche die Partei sich bezogen hat, und ferner die allgemeine Bestimmung des § 422 CPO.:

> „Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann."

Hiernach weist, außer soweit die Partei sich auf ihre Handelsbücher bezogen hat, die CPO. lediglich auf die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts (oben zu a 1, 3) zurück.

2. Anordnungsrecht des Gerichts nach HGB. § 45 Abs. 1. Neben den Vorschriften der CPO., die für alle Arten von Urkunden gelten (oben zu 1), kommt für die Handelsbücher eines Vollkaufmanns (oben Anm. I) die besondere Vorlegungspflicht aus § 45 Abs. 1 in Betracht (Bolze 16 Nr. 687). Und zwar ohne Beschränkung auf Handelssachen (dagegen Staub Anm. 5). Das hier dem Prozeßgericht zugewiesene Recht entspricht der in CPO. § 143 dem Prozeßgericht erteilten Befugnis auf Anordnung der Vorlegung von Prozeßakten. Eine nach § 45 Abs. 1 getroffene Anordnung ist nur in gleicher Weise erzwingbar wie eine nach CPO. § 143 getroffene. Der § 45 Abs. 1 gibt dem Gericht das Recht, nach eigenem Ermessen, selbst ohne Antrag des Gegners und ohne daß die Voraussetzungen des BGB. oder der CPO. vorliegen, die Vorlegung zu verlangen („kann" ROH. 2 129), oder trotz Antrags — soweit nicht das BGB. oder die CPO. anders bestimmen — das Anordnen der Vorlegung abzulehnen (P. 945, RG. 15 381, RG. 9 II 00 JW. 274[6]). Der § 45 setzt aber zu seiner Anwendung voraus, daß Behauptungen aufgestellt sind, welche die Anordnung einer Beweisaufnahme rechtfertigen, er gibt dem Gericht nicht die Befugnis, die Vorlegung der Handelsbücher zu dem Zweck anzuordnen, um der beweispflichtigen Partei die Kenntnis der zur näheren Begründung ihrer Behauptungen erforderlichen Tatsachen zu verschaffen (RG. 26 IX 02 JW. 545[10]). — Der Art. 39 ADH. schrieb vor, daß Handelsbücher, die sich nicht im Bezirk des Prozeßgerichts befinden, bei dem Gericht des Orts, wo sie sich befinden, vorzulegen sind (vgl. P. 57, 948, ROH. 15 436). Der Art. 39 wurde aufgehoben durch

EGCPO. § 13. Jetzt kommt die allgemeine Bestimmung CPO. § 434 zur Anwendung, wonach als Regel die Vorlegung vor dem Prozeßgericht zu erfolgen hat, jedoch Ausnahmen wegen erheblicher Hindernisse, Wichtigkeit der Urkunde und Besorgnis des Verlusts oder der Beschädigung zulässig sind. Die ersteren beiden Ausnahmefälle werden bei Handelsbüchern, die noch in Gebrauch sind, in der Regel vorliegen.

§ 46.

Umfang der erforderlichen Offenlegung.

Werden in einem Rechtsstreite Handelsbücher vorgelegt, so ist von ihrem Inhalte, soweit er den Streitpunkt betrifft, unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen und geeignetenfalls ein Auszug zu fertigen. Der übrige Inhalt der Bücher ist dem Gericht insoweit offen zu legen, als es zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung nothwendig ist.

ADH. Art. 38. **Entw. I** § 41. **Entw. II** § 45.

Damit kein Kaufmann gezwungen werde, seine ganzen Bücher offen zu legen, die über seinen gesamten Geschäftsverkehr oder Vermögenstand Auskunft geben, ist verordnet, daß von dem Inhalt der vorgelegten Bücher nur soweit er den Streitpunkt betrifft unter Zuziehung der Parteien Einsicht und geeignetenfalls eine auszugsweise Abschrift zu nehmen, und daß auch dem Gericht der übrige Inhalt der Bücher nur insoweit offen zu legen ist, als dies zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung notwendig erscheint (P. 944, 946). Die Partei hat kein Recht auf Einsicht des übrigen Teils der Bücher zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung. In demselben Umfang wie dem Gericht, sind auch den Hilfspersonen des Gerichts, namentlich den etwa ernannten Sachverständigen, die Bücher offen zu legen. Die beweispflichtige Partei hat die Stellen der Bücher anzugeben, auf die es ankommt (RG. 1 424). Für die Anwendung des § 46 ist es unerheblich, ob der Eigentümer der Bücher oder der Gegner der Beweisführende ist (P. 947). Ebenso, ob die Vorlegung auf Grund der Bestimmungen der CPO. oder auf Grund des § 45 Abs. 1 oder § 47 HGB. geschieht.

§ 47.

Volle Offenlegung bei Vermögensauseinandersetzungen.

Bei Vermögensauseinandersetzungen, insbesondere in Erbschafts-, Gütergemeinschafts- und Gesellschaftstheilungssachen, kann das Gericht die Vorlegung der Handelsbücher zur Kenntnißnahme von ihrem ganzen Inhalt anordnen.

ADH. Art. 40. **Entw. I** § 42. **Entw. II** § 46.

I. **Vermögensauseinandersetzung.** Nur wenn eine solche in Betracht kommt, steht dem Gericht die Befugnis aus § 47 zu. Auch in anderen Fällen der Vermögensauseinandersetzung als den in § 47 besonders hervorgehobenen findet § 47 Anwendung, z. B. Vermögensauseinandersetzungen infolge der Schenkung eines Vermögens oder Vermögensbruchteils oder infolge eines Leibrentenvertrages (D. 47). Im Konkurs bedarf es zu der erforderlichen Vorlegung der Bücher in der Regel keiner besonderen richterlichen Anordnung; das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen der Konkursordnung (D. 48).

II. **Freies Ermessen.** Nur ein Recht des Gerichts, die Offenlegung anzuordnen, ist bestimmt („kann“; vgl. ROH. 2 129); das Gericht ist nicht verpflichtet, auf Antrag eines anderen Beteiligten diese Anordnung zu treffen, hat vielmehr nach eigenem Ermessen zu entscheiden (RG. 20 45).

III. **Gericht.** Unter „Gericht“ ist nur das Prozeßgericht verstanden. Denn nach D. 48 (ebenso Lehmann Nr. 2; dagegen Staub Anm. 3, Düringer-Hachenburg, Goldmann), und wie auch

aus der Nichterwähnung des § 47 in FGG. § 145 hervorgeht, ist das Verlangen auf Vorlegung im Weg der Klage zu verfolgen, falls nicht bereits über die Vermögensauseinandersetzung ein Rechtsstreit anhängig ist.

Fünfter Abschnitt.

Prokura und Handlungsvollmacht.

Dieser Abschnitt regelt ohne Rücksicht auf das innere Verhältnis zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem Prokuristen oder Bevollmächtigten (dies innere Verhältnis kann z. B. Auftrag oder Dienstvertrag oder Werkvertrag oder Gesellschaftsvertrag sein) die Wirkungen der Prokura- oder Handlungsvollmachts-Erteilung gegenüber Dritten (D. 48). Ergänzend kommen die Bestimmungen des BGB. über Vertretung und Vollmacht (BGB. §§ 164 ff.) in Betracht. Auf Minderkaufleute finden nicht die Bestimmungen über Prokura (§ 4 Abs. 1), dagegen die Bestimmungen über Handlungsvollmacht Anwendung.

I. Prokura (§§ 48—53).

§ 48.

Erteilung.

Die Prokura kann nur von dem Inhaber des Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter und nur mittelst ausdrücklicher Erklärung ertheilt werden.

Die Ertheilung kann an mehrere Personen gemeinschaftlich erfolgen (Gesammtprokura).

ADH. Art. 41. **Entw. I** § 43. **Entw. II** § 47.

I. Erteiler der Prokura: Inhaber des Handelsgeschäfts oder sein gesetzlicher Vertreter.
II. Erteilung: nur durch ausdrückliche Erklärung.
III. Wem kann Prokura erteilt werden?
IV. Gesamtprokura.
V. Wen vertritt der Prokurist?

I. **Erteiler der Prokura: Inhaber des Handelsgeschäfts oder sein gesetzlicher Vertreter.**

a. **Handelsgeschäft.** Vgl. § 22 Anm. I c.

b. **Inhaber oder gesetzlicher Vertreter.** Ein anderer als der Inhaber oder der gesetzliche Vertreter (z. B. Gewalthaber, Vormund, Pfleger, Vorstand einer juristischen Person) kann Prokura nicht erteilen, insbesondere nicht ein Prokurist oder ein sonstiger Bevollmächtigter. Zur Erteilung einer Prokura durch den Gewalthaber oder den Vormund ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (BGB. §§ 1643, 1822 Nr. 11). Sonderbestimmungen über die Berechtigung zu Erteilung und Widerruf der Prokura bezüglich der oHG.: §§ 116 Abs. 3, 125 Abs. 3, 126, der KG.: § 164 (vgl. ROH. 7 414), der AG.: §§ 232 Abs. 2, 238, 298 Abs. 4 (vgl. ROH. 8 340), der KAG.: § 320, der GmbH.: GmbHG. § 46 Nr. 7. Den eingetragenen Genossenschaften ist die Bestellung von Prokuristen und von Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetrieb verboten in GenG. § 42. — Liquidatoren sind nicht ermächtigt zur Neubestellung von Prokuristen (ROH. 13 224; dagegen Cosack HR. § 109 III 8 b; anerkannt bezüglich der AG. und KAG. in § 298 Abs. 4), da sie nicht mehr Rechte übertragen können als sie besitzen, ihre eigene Vertretungsmacht (§ 156) aber in einigen Beziehungen begrenzter ist als die gesetzliche Vertretungsmacht eines Prokuristen (§ 49), denn letzterer ist nicht nur zu denjenigen Handlungen, welche das betreffende Handelsgewerbe, sondern welche ein Handelsgewerbe mit sich bringt, ermächtigt (ROH. 13 224); der weitere in dieser Entscheidung angeführte Grund, daß nämlich während der Liquidation das Handelsgewerbe nicht mehr betrieben werde, erscheint nicht zutreffend, § 1 Anm. II c). Entsprechend ist auch die Bestellung eines Prokuristen durch den das Handelsgeschäft fortführenden Konkursverwalter

als unzulässig zu erachten (dagegen für den Konkurs des Einzelkaufmanns Lehmann Nr. 5). Bestellen Liquidatoren einen Prokuristen, so ist dies anzusehen als die Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten der Liquidationsfirma mit allen Befugnissen eines Liquidators (ROH. 13 225). — Eine vorhandene Prokura erlischt nicht durch den Eintritt der Liquidation (dagegen vgl. die in § 298 Anm. Ih Angeführten), denn gegenüber dem Tod, der die Prokura nicht zum Erlöschen bringt (§ 52 Abs. 3), ist der Beginn der Liquidation das Mindere. Durch den Liquidationsbeginn wird der Auftrag ein beschränkterer, nicht aber die Vollmacht; soll die Prokura bei Liquidationseintritt aufhören, so muß sie widerrufen werden; zum Widerruf sind auch die Liquidatoren befugt. Ob Erlöschen durch Konkurs des Geschäftsinhabers eintritt, vgl. § 52 Anm. III. Einen Fall der Prokuraerteilung seitens eines Einzelkaufmanns behufs Liquidation des Geschäfts durch die Prokuristen s. in Urteil d. ObTrib. 14 XI 67 in Entsch. 59 278 u. Str. 68 348. — Ein Minderkaufmann kann nicht Prokura erteilen (§ 4 Anm. IVb 3).

II. **Erteilung: nur durch ausdrückliche Erklärung.** „Ausdrücklich" bedeutet nicht „mit ausdrücklichen Worten" (Bolze 17 Nr. 342). Vielmehr ist „ausdrücklich" jede Erklärung, die in einem die Zustimmung bezeugenden und auf den betreffenden Gegenstand gerichteten Tun des Erklärenden besteht, im Gegensatz sowohl zu einem bloßen Unterlassen des Widerspruchs (z. B. wenn der andere mit Kenntnis des Geschäftsinhabers und ohne dessen Widerspruch sich als Prokurist bezeichnet; in diesem Fall kann aber Handlungsvollmacht vorliegen, vgl. ROH. 8 316; auch kann Schadensersatzpflicht eintreten), wie auch zu einem auf einen anderen Gegenstand gerichteten Tun, das nur einen Rückschluß auf die Zustimmung zuläßt. Eine stillschweigende Willenserklärung genügt nicht (D. 49). Das Wort „Prokura" braucht nicht notwendig gebraucht zu sein, wenn in anderer Weise der Unterschied von einer bloßen Vollmacht klar ist. Die Erklärung wirkt, wenn sie entweder gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll, abgegeben ist (BGB. § 167). Eine öffentliche Bekanntmachung der Prokuraerteilung (z. B. auch durch Anmeldung zum Handelsregister mit folgender Eintragung; vgl. entsprechend RG. 22, 60) ermächtigt gegenüber jedem Dritten, eine Mitteilung an einen einzelnen ermächtigt gegenüber diesem einzelnen (abweichend Lehmann 132 Fußn. 1) zur Ausübung der in der Prokura liegenden Vertretungsmacht (BGB. § 171, HGB. § 15 Anm. IIId 3α, Str. 33 30). — Schriftlichkeit der Prokuraerteilung ist nicht vorgeschrieben; Rechtshandlungen, für welche das Gesetz schriftliche Bevollmächtigung fordert, können aber nur auf Grund schriftlich (BGB. §§ 126, 128) erteilter Prokura ausgeübt werden; so z. B. das Stimmrecht in Generalversammlungen (§ 252 Anm. IVb). Ob und in welcher Weise in Preußen die Urkunde, in welcher eine Prokura erteilt wird, zu stempeln ist, vgl. Erl. d. Fin.Min. 27 VI 99 JMBl. 192. — Die bloße Erteilung der Prokura ist auch ohne Eintragung wirksam (§ 15 Anm. IIa). Ist die Eintragung oder Bekanntmachung versäumt, so findet § 15 Abs. 1, ist die Eintragung und Bekanntmachung erfolgt, so findet § 15 Abs. 2 Anwendung.

III. **Wem kann Prokura erteilt werden?** Das Gesetz enthält in dieser Beziehung keine Beschränkung. Derjenige, dem Prokura erteilt wird, braucht nicht notwendig in einem Dienstverhältnis zum Inhaber des Handelsgeschäfts zu stehen; er kann z. B. ein Verwandter sein, der die Vollmacht erhält, in Abwesenheit des Geschäftsinhabers das, was die Handlungsgehilfen vorlegen, als Prokurist zu zeichnen (P. 74). Auch einem von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter kann Prokura erteilt werden (Staub[5] Art. 41 § 2, Behrend § 72 Anm. 27, Renaud KG. 282, Düringer-Hachenburg Anm. II, Lehmann Nr. 6, Goldmann Anm. 1 B II 4; dagegen Völderndorff in Busch 1 147, Behrend in ZHR. 28 430, Staub[7] § 125 Anm. 2; vgl. RG. 24 28). Ebenso einem Kommanditisten (§ 170 Anm.; ebenso Staub[7] § 164 Anm. 7) und einem stillen Gesellschafter (§ 335 Anm. Va 2). Es muß sogar für zulässig erachtet werden, daß ein einzelner von mehreren geschäftsführenden Gesellschaftern oder gesetzlichen Vertretern (z. B. mehreren Vormündern, die an sich nur gemeinschaftlich handeln können, BGB. § 1797) durch gemeinschaftliche Erklärung aller die Prokura erhält (vgl. ROH. 8 340); über Sonderbestimmungen bezüglich der oHG., KG., AG., KAG. vgl. § 125 Anm. IIIb, § 232 Anm. I.

IV. **Gesamtprokura.** Andere Fälle einer Gesamtvertretung s. in HGB. §§ 125 Abs. 2, 150, 232 Abs. 1, BGB. §§ 709 Abs. 1, 744 Abs. 1, 747. Über die Umwandlung einer Gesamtprokura in Einzelprokuren vgl. § 125 Anm. III e.

a. **Willenserklärungen der Gesamtprokuristen.** Im Fall der Gesamtprokura sind die mehreren Prokuristen nur gemeinschaftlich befugt zu Handlungen und Erklärungen (mündlichen wie schriftlichen) auf Grund der Prokura; auch wenn Gefahr im Verzug, besteht keine Ausnahme (P. 950). In welcher Weise das Zusammenwirken stattfinden kann, vgl. § 125 Anm. III d. Soweit es auf Willensmängel oder auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände in der Person des Vertreters ankommt (§ 166 Abs. 1 BGB.), genügt das Vorhandensein der betreffenden Umstände in der Person eines der Gesamtvertreter (RG. 53 231; vgl. § 125 Anm. I e).

b. **Willenserklärungen gegenüber dem Prokuraerteiler.** Da die Kenntnis nur eines der Gesamtprokuristen dem Vertretenen entgegensteht (oben zu a), so genügt auch die Abgabe einer an den Vertretenen gerichteten Willenserklärung gegenüber nur einem der Gesamtvertreter (RG. 53 231). So insbesondere auch die Zustellung an einen der Gesamtvertreter (CPO. § 171 Abs. 3, OLG. Stettin 2 VII 01 OLGRspr. 3 122).

c. **Bevollmächtigung eines Gesamtprokuristen durch die übrigen.** Ob die Gesamtprokuristen einem von ihnen Vollmacht (jedenfalls nicht Prokura; § 52 Abs. 2) erteilen können, muß aus BGB. § 181 abgeleitet werden. Die Entscheidung hängt davon ab, ob in letzterer Bestimmung auch das Verbot zu finden ist, als einer von mehreren Gesamtbevollmächtigten mit sich allein ein Rechtsgeschäft zu schließen. Dies ist wohl zu verneinen, mithin auch die Bevollmächtigung eines der Gesamtprokuristen durch alle zulässig (zustimmend Staub Anm. 13, ebenso Pinner § 233 Anm. VII, LG. II Berlin 23 XI 96 KGBl. 108, RG. 5 VII 00 JW. 664 [18]; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III, Goldmann Anm. 2, Lehmann Nr. 10; vgl. § 125 Anm. III b). Indessen nur innerhalb der Grenzen einer Handlungsvollmacht; unzulässig dagegen ist die Übertragung der weitergehenden in der Prokura liegenden Vertretungsmacht (RG. 5 VII 00 JW. 664 [18]).

d. **Gesamtermächtigung eines gesetzlichen Vertreters und eines Prokuristen.** Der Gesamtprokura ähnlich ist die Gestaltung, wonach ein Prokurist nur in Gemeinschaft mit einem oder mehreren gesamtvertretungsermächtigten Gesellschaftern oder gesetzlichen Vertretern zur Vertretung ermächtigt wird; über die Grenzen, innerhalb deren dies zugelassen, vgl. § 125 Anm. IV c, § 232 Anm. III a; für das frühere Recht vgl. ROH. 8 340, RG. 9 70, 40 17, KGJ. 2 20. In einer solchen Ermächtigung liegt in der Regel zugleich die Erteilung einer besonderen Befugnis (§ 49 Abs. 2) zur Mitwirkung bei Vornahme solcher Rechtsgeschäfte, die jener Gesellschafter oder gesetzliche Vertreter, wenn er allein zur Vertretung ermächtigt wäre, kraft seiner Vertretungsmacht vorzunehmen berechtigt wäre (§ 125 Anm. IV d).

e. **Gesamtprokura mit der Maßgabe, daß gegenüber bestimmten Personen Einzelprokura besteht.** Eine derartige Erteilung der Prokura ist zulässig; sie verstößt nicht gegen § 50, da sie im Verhältnis zu Gesamtprokura keine Beschränkung, sondern eine Erweiterung der Vertretungsmacht enthält (RG. 24 28), und da § 50 sich überhaupt nur auf Beschränkung des Umfangs nicht auf die Verteilung der einheitlichen Vertretungsmacht auf mehrere Personen bezieht.

f. **Innere Geschäftshandhabung** durch Gesamtprokuristen. Sie untersteht nicht den Regeln der Prokura, sondern des etwaigen Dienstvertrages und der daraufhin erteilten Dienstanweisung. Von letzterer hängt es z. B. ab, ob das vereinnahmte Geld von beiden Prokuristen bis zur Ablieferung an den Geschäftsherrn gemeinsam zu verwahren ist (vgl. OLG. Colmar 2 X 03 OLGRspr. 7 381).

V. **Wen vertritt der Prokurist?** Nicht immer nur den ursprünglichen Machtgeber; denn § 52 Abs. 3 bestimmt, daß die Prokura den Tod des Machtgebers überdauert; nach dem Tod des Machtgebers vertritt er daher dessen Erben, auch wenn deren Personen noch nicht feststehen. Auch nicht den Machtgeber nach allen Richtungen, sondern nur mit Beschränkung auf einen Handelsgewerbebetrieb (§ 49 Abs. 1), und bei Verschiedenheit der Firmen ist eine Beschränkung auf eine einzelne Firma zulässig (§ 50 Abs. 3). Diese Bestimmungen werden dahin zu ver-

allgemeinern sein, daß der Gesetzgeber — entsprechend kaufmännischen Anschauungen — den Prokuristen überhaupt nicht als Bevollmächtigten eines bestimmten einzelnen Machtgebers, sondern als Bevollmächtigten des jedesmaligen Inhabers desjenigen Gewerbebetriebs aufgefaßt wissen will, für den der Prokurist ursprünglich bestellt worden ist (ähnlich bei der Firma im Rechtsstreit, § 17 Anm. III d). Nicht an einen bestimmten Machtgeber, sondern an einen bestimmten Gewerbebetrieb ist der Prokurist, soweit seine Vollmacht und nicht sein etwaiges Dienstverhältnis in Betracht kommt, gebunden. Über die hieraus zu ziehenden Folgerungen für die Fälle der Einstellung des Gewerbebetriebs und der Geschäftsveräußerung unter Lebenden vgl. § 52 Anm. III.

§ 49.

Umfang der Vertretungsmacht.

Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.

Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugniß besonders ertheilt ist.

ADH. Art. 42. **Entw. I** § 44. **Entw. II** § 48.

I. **Alle Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen.** Die in ADH. Art. 42 enthaltene besondere Hervorhebung der Berechtigung zur Anstellung und Entlassung von Handlungsgehilfen und Bevollmächtigten ist als neben dem allgemeineren Ausdruck überflüssig nicht in § 49 aufgenommen (D. 49); jene Berechtigung bleibt mithin bestehen. Für den Prokuristen gelten namentlich nicht die in § 54 Abs. 2 hervorgehobenen Beschränkungen der Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten bezüglich der Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, der Aufnahme von Darlehen und der Prozeßführung (ROH. 21 342). Er ist insbesondere auch ermächtigt zu Vergleichen, Erlassen, Versicherungsverträgen, Schenkungen (M. 27), Auskunftserteilungen (RG. 7 XI 99 JW. 831[15]), Entgegennahme von Willenserklärungen, z. B. Zahlungsaufforderungen (RG. 53 230), Kündigungen, Mängelanzeigen, Fristsetzungen, soweit der Betrieb eines Handelsgewerbes sie mit sich bringt, Zustellungen in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten (CPO. § 173). Ebenso zur Erteilung von Abgangszeugnissen an Handlungsgehilfen (OLG. Hamburg 11 X 01 OLGRspr. 3 410); ob der Handlungsgehilfe sich mit einem Zeugnis des Prokuristen begnügen muß, vgl. § 73. Handlungen, zu denen nach ihrer äußeren Beschaffenheit die eingeräumte Vertretungsmacht ermächtigt, verlieren die Eigenschaft als Vertretungshandlungen nicht dadurch, daß der Vertreter sie in rechtswidriger Absicht vornimmt (§ 125 Anm. I d, RG. 7 XI 99 JW. 831[15]). Die Prokura ermächtigt auch zu Geschäften oder Rechtshandlungen, die sich gegen Kommanditisten oder Aktionäre der eigenen Gesellschaft richten (ROH. 7 414, 9 70). — Über die Voraussetzungen der Vertretungsmacht in den Fällen, für die das Gesetz schriftliche Vollmacht fordert, vgl. § 48 Anm. II.

II. **Die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.**

a. **Betrieb.** Die Vollmacht zum Betrieb schließt nicht die Vollmacht zur Aufgabe und Einstellung des Betriebs und zum Abschluß der diesem Zweck in einer dem Dritten erkennbaren Weise dienenden Rechtsgeschäfte ein, also auch nicht das Recht zum Verkauf des Geschäfts (ROH. 23 28; vgl. jedoch § 343 Anm. III 50). Doch wurde der Prokurist als zum Verkauf des Fabrikinventars ermächtigt erachtet, wenngleich die Veräußerung den Betrieb der Fabrik unmöglich macht (Bolze 2 Nr. 675).

b. **Eines** Handelsgewerbes, d. h. der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes, nicht nur desjenigen Geschäftszweiges, der unter der Firma, für welche Prokura erteilt ist, bisher betrieben wurde (P. 91, 951, RG. 17 38); anders bei der Handlungsvollmacht (§ 54 Abs. 1: „derartiges Handelsgewerbe").

c. **Handelsgewerbe.** Vgl. § 1 Anm. III a.

d. **„Mit sich bringt"** steht für „mit sich bringen kann" (P. 951). Die gleiche Redewendung findet sich in §§ 54, 116, 393, jedoch in §§ 54, 116 unter Beschränkung auf das „Gewöhnliche" (§ 54 Anm. IIc, § 116 Anm. IIb).

III. **Grenzen der Vertretungsmacht.**

a. **Veräußerung und Belastung von Grundstücken.** Befugnis steht in § 49 Abs. 2 im Sinn von Ermächtigung (vgl. § 235 Anm. Ia); ist die Ermächtigung nach außen erteilt, so ist für den Umfang der Vertretungsmacht unerheblich, ob im inneren Verhältnis des Prokuristen zu seinem Machtgeber dem ersteren die Befugnis zustand, ob z. B. sie ihm bereits entzogen war. Diese Ausnahme ist entsprechend dem Art. 42 ADH. beibehalten worden, trotzdem die Bestimmung des Art. 275 ADH., daß Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte seien, nicht übernommen worden ist. Der Prokurist hat demgemäß eine Vertretungsmacht für Veräußerung und Belastung von Grundstücken nur, wenn sie ihm besonders verliehen ist. Das Wort „besonders" ist an die Stelle des Worts „ausdrücklich", der im Entwurf erster Lesung der Nürnberger Kommission stand, gesetzt worden, um eine tatsächliche (stillschweigende) Erteilung der gedachten Ermächtigung möglich zu machen; dabei wurde bemerkt, daß es gleichgültig sei, ob dies gleichzeitig mit der Prokuraerteilung oder durch eine spätere Handlung geschehe (P. 952). Die Ermächtigung ist, wenn erteilt, Teil der Prokura, nicht eine davon verschiedene Vollmacht (KG. 22 XII 02 EntschFG. 3 231 KGJ. 25 A 250 OLGRspr. 6 187); die Erteilung ist auf Antrag im Handelsregister zu vermerken (§ 53 Anm. I). Zum Erwerb von Grundstücken und zu deren Entlastung bedarf der Prokurist keiner besonderen Ermächtigung.

b. **Streng persönliche Rechte.** Soweit eine Vertretung überhaupt oder durch andere als gesetzliche Vertreter unzulässig ist, kann auch der Prokurist den Geschäftsinhaber oder dessen gesetzlichen Vertreter nicht vertreten. So kann er z. B. nicht Prokura erteilen (§ 52 Abs. 2), nicht die zur Aufbewahrung bei Gericht bestimmte Unterschrift des Firmeninhabers zeichnen § 12 Anm. IIIb 1), nicht Inventar und Bilanz unterzeichnen (§ 41 Anm. I), nicht Eide, die dem Vertretenen auferlegt sind, leisten (CPO. § 478). Man wird aber wohl noch weiter gehen müssen und dem Prokuristen auch die Ermächtigung abzusprechen haben, in denjenigen Fällen den Machtgeber zu vertreten, in denen dieser selbst die betreffende Erklärung nicht unter seiner Firma, sondern nur unter seinem Namen wirksam würde abgeben können (vgl. § 51). Nicht zu billigen ist daher die Entscheidung (LG. I Berlin 31 VIII 99 KGBl. 83), daß der Prokurist über Hypotheken, die auf den Namen des Machtgebers eingetragen sind, wirksam verfügen könne. — Einen Strafantrag namens des Firmeninhabers zu stellen, ist der Prokurist als solcher nicht immer berechtigt; es wird aber, auch abgesehen von dem Fall der Prokura, angenommen, daß auch ohne ausdrücklichen und besonders auf Stellung eines Strafantrags gerichteten Auftrag das Recht zur Entschließung über Stellung des Strafantrags im Namen des Verletzten und zu der Stellung dieses Antrags selbst auf Grund allgemeiner Bevollmächtigung zur Vertretung des Machtgebers bestehen könne, daß hierfür allein entscheidend sei, ob in dem einzelnen Fall angenommen werden könne, es entspreche die Stellung des Antrags dem wirklichen Willen des Machtgebers, und daß die letztere Schlußfolgerung regelmäßig namentlich dann zulässig sei, wenn dem Bevollmächtigten die Verwaltung des Vermögens oder eines bestimmten Vermögensteils des Machtgebers in allen hierauf bezüglichen Angelegenheiten obliegt (RGSt. 15 145). Soll der vom Prokuristen hiernach in förmlich zulässiger Weise gestellte Strafantrag zur Bestrafung führen, so muß der vom Prokuristen Vertretene der Verletzte sein; in welchen Fällen eine oHG. als verletzt anzusehen, vgl. § 124 Anm. IIa. Streitig ist, ob der Prokurist zur Erhebung des Einspruchs in Übertretungssachen, die das Geschäft betreffen, ermächtigt ist (bejahend Staub Anm. 1, Lehmann; verneinend Goldmann Anm. 1); in dieser Beziehung muß das Gleiche gelten, wie bezüglich Stellung eines Strafantrags.

c. **Rechtsgeschäfte mit sich selbst.** Vgl. § 126 Anm. Ie.

d. **Zusammenwirken mit Drittem zu ungunsten des Machtgebers.** Vgl. § 50 Anm. IIc.

§ 50.

Beschränkung des gesetzlichen Umfangs.

Eine Beschränkung des Umfanges der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam. Dies gilt insbesondere von der Beschränkung, daß die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden soll.

Eine Beschränkung der Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen des Geschäftsinhabers ist Dritten gegenüber nur wirksam, wenn die Niederlassungen unter verschiedenen Firmen betrieben werden. Eine Verschiedenheit der Firmen im Sinne dieser Vorschrift wird auch dadurch begründet, daß für eine Zweigniederlassung der Firma ein Zusatz beigefügt wird, der sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet.

ADH. Art. 43. **Entw. I** § 45. **Entw. II** § 49.

I. **Beschränkung des Umfangs** der Prokura. Vgl. § 126 Anm. II a. Hierunter ist eine durch Willenserklärung erfolgte im Gegensatz zu einer gesetzlichen Beschränkung verstanden (RG. 51 426). Unwirksam gegenüber Dritten ist z. B. die Beschränkung, daß die Prokura nur gegenüber einem bestimmten Dritten (vgl. jedoch RG. 24 28) oder daß sie nur von einem bestimmten künftigen Zeitpunkt an (§ 50 Abs. 2, P. 173) oder nur für die Lebenszeit des Machtgebers (§ 52 Abs. 3) gelten soll. Wirksam aber ist die Beschränkung, die in der Erteilung der Prokura nur als Gesamtprokura liegt (§ 48 Abs. 2). Ebenso die Beschränkung auf die unter einer bestimmten Firma betriebenen Niederlassungen (unten Anm. III). Über Einzelermächtigung von Gesamtprokuristen in bestimmten Beziehungen vgl. § 48 Anm. IV c, e.

II. **Wirkungen einer Beschränkung** des Umfangs der Prokura.

a. **Zwischen dem Prokuraerteiler und dem Prokurist** richtet sich die Wirkung nach dem zugrund liegenden Rechtsverhältnis (P. 86, RG. 30 21).

b. **Zwischen dem Prokurist und dem Dritten** begründet eine etwa erfolgte unzulässige Beschränkung des Umfangs der Prokura keine Änderung in der Vertretungsmacht des Prokuristen (§ 50 Abs. 1). Der Prokurist wird daher auch bei Nichtachtung der Beschränkung nicht schadensersatzpflichtig gegenüber dem Dritten gemäß § 179 BGB. Ob unter „Dritter" auch ein Mitglied der prokuraerteilenden Gesellschaft und eine öffentliche Behörde mitbegriffen, vgl. § 126 Anm. II a, § 235 Anm. III c 2.

c. **Zwischen dem Prokuraerteiler und dem Dritten.** Etwa der Prokura hinzugefügte unzulässige Beschränkungen werden als nicht beigesetzt erachtet (P. 86). Dies hat zur Folge, daß dergleichen Beschränkungen, auch wenn sie dem Dritten bekannt waren, diesem gegenüber von keiner rechtlichen Wirkung sind (OTr. 14 XI 67 in Str. 68 348 und Entsch. 59 277, ROH. 5 295). Nur dann ist das trotz der dem Dritten bekannten Beschränkung abgeschlossene Geschäft unverbindlich für den Geschäftsinhaber, wenn der Prokurist von der ihm durch das Gesetz gegebenen Vertretungsmacht Gebrauch gemacht hat in der Absicht, sich oder anderen zum Nachteil des Geschäftsinhabers einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, die Vertretungsmacht mithin von ihm gemißbraucht ist und der Dritte an dieser Arglist des Vertreters teilgenommen, d. h. absichtlich zum Nachteil des Geschäftsinhabers mit ihm zusammengewirkt hat, so daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Einrede der Arglist gegen ihn begründet ist (§ 126 Anm. I f).

III. **Mehrere unter verschiedenen Firmen betriebene Niederlassungen des Geschäftsinhabers.**

a. **Niederlassung** vgl. § 13 Anm. I b. In welchem Verhältnis die verschiedenen Niederlassungen zu einander stehen, ob es getrennte Geschäfte oder Haupt- und Zweigniederlassung sind, ist unerheblich (§ 17 Anm. III c, § 29 Anm. IV b 2).

b. **Verschiedenheit der Firmen.** Vgl. § 17 Anm. III c 2, 3. Aus § 50 Abs. 3 Satz 2 ist zu entnehmen, daß es gestattet sein soll, der Firma einer Zweigniederlassung willkürlich einen

Zusatz zu geben, der sie als Zweigniederlassungsfirma kennzeichnet. So z. B. den Zusatz „Filiale Stettin" (OLG. Stettin 2 VII 01 OLGRspr. 3 122). Der hier erwähnte Zusatz ist nicht der gleiche wie der notwendige Zusatz des § 30 Abs. 3, der eine Kennzeichnung als „Zweigniederlassungsfirma" enthalten kann, aber nicht zu enthalten braucht.

c. **Wirkung der Prokuraerteilung in diesem Fall.**

1. Einheitlicher Gewerbebetrieb. Erteilt der Inhaber eines Geschäfts mit mehreren verschieden firmierenden Niederlassungen Prokura, so gilt die Prokura für alle Niederlassungen. Eine Beschränkung auf eine solche Niederlassung ist mit Wirkung gegen Dritte zulässig (§ 50 Abs. 3). Die Firmenverschiedenheit hat nicht bereits als solche die Beschränkung der Prokura zur Folge. Die Absicht der Beschränkung ist aber im Zweifel zu entnehmen, falls ausdrücklich nur für eine der mehreren „Firmen" Prokura erteilt wird (dahingestellt RG. 11 VII 02 OLGRspr. 6 2). Daher kann das Registergericht der abweichend von der Hauptniederlassung firmierenden Zweigniederlassung nicht schon allein aus dem Grund, weil eine Prokura im Register der Hauptniederlassung eingetragen ist, Anlaß nehmen, die Anmeldung auch zum Register der Zweigniederlassung zu fordern.
2. Mehrheit der Gewerbebetriebe. Besitzt der Geschäftsinhaber verschiedene Geschäfte mit verschiedenen Firmen, so ist die Prokura auch ohne ausdrückliche Hinzufügung einer Beschränkung nur wirksam für das Geschäft oder die Geschäfte, für welche sie erteilt ist.
3. In beiden Fällen (zu 1 und 2) bleibt aber der Prokurist, soweit er unter der Firma desjenigen Geschäfts oder derjenigen Niederlassung, für welche die Prokura erteilt ist, handelt, nach außen zu allen Handlungen ermächtigt, die der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes (§ 49 Anm. II b) mit sich bringt.

§ 51.

Zeichnung des Prokuristen.

Der Prokurist hat in der Weise zu zeichnen, daß er der Firma seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatze beifügt.

ADH. Art. 44 Abs. 1. Entw. I § 47. Entw. II § 51.

I. **Zeichnung des Prokuristen.** Der Art. 44 ADH. lautete:

„Der Prokurist hat in der Weise zu zeichnen, daß er der Firma einen die Prokura andeutenden Zusatz und seinen Namen beifügt.

Bei einer Kollektivprokura hat jeder Prokurist der mit diesem Zusatze versehenen Firmazeichnung seinen Namen beizufügen."

Die besondere Vorschrift für Gesamtprokuristen ist als neben der Vorschrift für Prokuristen überflüssig fortgelassen (D. 50). Nach der jetzigen Fassung des Abs. 1 scheint nicht mehr die Art der Zeichnung:

p. p. A. & Co.
B., sondern nur noch die Art: A. & Co.
p. p. B.

die vom Gesetz gewollte zu sein (dagegen Goldmann Anm. 1). Dadurch, daß ein bestimmter Inhalt für Zeichnungen vorgeschrieben ist, sollen mündliche Erklärungen des Prokuristen nicht ausgeschlossen werden (vgl. § 232 Anm. I). Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt, oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll; tritt jedoch der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht (BGB. § 164).

II. **Wirkung eines Verstoßes gegen die vorgeschriebene Art der Zeichnung.** Ähnlich wie bei Zeichnung der Firma durch den Geschäftsinhaber (§ 17 Anm. III b 2, 3) kommt es bei der Zeichnung durch den Prokuristen nur darauf an, daß der Wille, eine Erklärung für den Geschäftsinhaber auf Grund der Prokura abzugeben, zum Ausdruck gekommen ist. Auch hier ist daher der Gebrauch der Firma in ungenauer Form oder eine Abweichung von der vorgeschriebenen

Art des Zeichnens als Prokurist unerheblich. Der § 51 enthält nur eine Ordnungsvorschrift (P. 953, KGJ. 13 171, RG. 3 VII 94 JW. 431[31], RG. 50 60), nur einen Wunsch des Gesetzgebers (Thöl § 56 Ziff. 3); die Zeichnung des Prokuristen ist selbst dann (und selbst bei Wechselunterschriften) verbindlich für den Geschäftsinhaber, wenn der Prokurist nur mit der Firma des Geschäftsinhabers ohne seinen eigenen Namen und Prokurazusatz zeichnet (ROH. 5 263, 10 56, RG. 4 320, 50 60), oder wenn er mit der Firma des Geschäftsinhabers und Prokurazusatz jedoch ohne Hinzufügung seines eigenen Namens zeichnet (ROH. 18 100). Unter Umständen, z. B. wenn der Prokurist nur mit seinem eigenen Namen unterzeichnet, läßt allerdings die Unterschrift zweifelhaft, ob der Prokurist für den Geschäftsinhaber handeln wollte. Dann ist es zulässig, diese Ungewißheit durch Beachtung der Nebenumstände zu heben (BGB. § 164, ROH. 12 134; z. B. wenn der Prokurist nur seinen Namen mit Prokurazusatz zeichnet, der Vordruck der Firma sich aber am Kopf des Schriftstücks befindet, KGJ. 11 39); nicht jedoch bei Wechselunterschriften, weil der Verpflichtungswille nur insoweit wirksam ist, als er auf dem Wechsel Ausdruck gefunden hat. Eine genügende Unterschrift auf einem Wechsel liegt aber vor, wenn die Firma durch Stempel aufgedruckt wird, und der Prokurist dann seinen Namen mit Prokurazusatz unterschreibt (ROH. 14 318; vgl. RG. 14 97, § 181).

§ 52.

Widerruflichkeit. Unübertragbarkeit. Tod des Prokuragebers.

Die Prokura ist ohne Rücksicht auf das der Ertheilung zu Grunde liegende Rechtsverhältniß jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung.

Die Prokura ist nicht übertragbar.

Die Prokura erlischt nicht durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts.

ADH. Art. 54, 53. **Entw. I** §§ 46, 53. **Entw. II** §§ 50, 57.

I. **Widerruflichkeit unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung (Abs. 1).**

a. **Widerruflichkeit.** Während nach BGB. § 168 die Vollmacht nur dann widerruflich ist, wenn sich aus dem zu grund liegenden Rechtsverhältnis nichts anderes ergibt, ist die Prokura unbedingt widerruflich ohne Rücksicht auf das zu grund liegende Rechtsverhältnis. Wer eine erteilte Prokura widerrufen kann, vgl. für die oHG. § 126 Anm. I c, für die KG. § 161 Anm. II a 7, 15, für die AG. § 238 Anm. III, für die KAG. § 320 Anm. VI b 7, c 3, i 8. — Verzichtet ein Widerrufsberechtigter auf die Widerruflichkeit der Prokura, so kann der Prokurist aus diesem Vertrag nicht auf Belassung der Prokura klagen, gleichgültig ob der Vertrag mit ihm oder mit einem Dritten geschlossen ist (D. 50, ROH. 23 326, RG. 27 39). Auch der Dritte kann in diesem Fall nicht auf Belassung klagen, weil die vertragsmäßige Bindung, unwiderruflich einen Bevollmächtigten mit so weiter Vertretungsmacht, wie sie die Prokura enthält, zu bestellen, ähnlich weit gehen würde wie die Zuwendung alles gegenwärtigen und künftigen Vermögens an einen Dritten und deshalb nichtig wäre (BGB. § 310, RG. 27 35). Nur dann ist eine solche Klage des Dritten zulässig, wenn letzterer ebenso wie sein Vertragsgegner persönlich haftender Gesellschafter der Gesellschaft ist, für welche der Prokurist bestellt werden soll, so daß zugleich sein eigenes Vermögen bei Belassung des Prokuristen auf dem Spiel steht (RG. 2 34, 27 40); in diesem Fall kommen ähnliche Gesichtspunkte in Frage, wie (§ 105 Anm. I i) bei einem Vorvertrag über Aufnahme als offener Gesellschafter. — Dem Verzicht auf den Widerruf entsprechend liegt der Fall der vertraglichen Verpflichtung zur Erteilung der Prokura.

b. **Unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung.** Die Fassung entspricht dem § 231 Abs. 3 und § 492 Abs. 2. Unter „vertragsmäßige Vergütung" (früher ADH. Art. 227 Abs. 3 und Art. 459 Abs. 2: „Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen") ist jede Gegenleistung verstanden, die kraft des der Prokuraerteilung zu grund liegenden Rechtsverhältnisses geschuldet wurde, also z. B. auch ein Wohnungsrecht. Bezüglich derjenigen

Gegenleistungen aber, die mit der Ausübung der Prokura in unmittelbarem Zusammenhang stehen würden (z. B. Dienstwohnung des selbständigen Leiters einer Zweigniederlassung), ist die Klage auf Erfüllung ausgeschlossen, und nur ein Entschädigungsanspruch bleibt bestehen (RG. 22 39). — Die Fassung „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung" erscheint zu eng. Nicht bloß der Anspruch auf Erfüllung durch Gewährung der Gegenleistung bleibt bestehen, sondern auch alle sonstigen Rechte aus dem zu grund liegenden Rechtsverhältnis. So kann z. B. der Widerruf Entschädigungsrechte oder Rücktrittsrechte begründen. — Eine zugesagte Dienst- und Vertrauensstellung kann nicht einseitig auf die erstere beschränkt werden, außer wenn besondere Gründe zur Entziehung des Vertrauens nachweisbar sind. Durch Unterlassung der Erteilung der zugesagten Prokura oder durch deren Entziehung nach der Erteilung wird auch die dienstliche Stellung des Handlungsgehilfen berührt (anders ROH. 5 349 wohl nur wegen der besonderen prozessualen Lage des betreffenden Falles; vgl. HGB. § 70, BGB. § 326). Eine ungerechtfertigte Prokuraentziehung ist in der Regel eine schwere Kränkung des betroffenen Handlungsgehilfen und gibt ihm einen wichtigen Grund zu sofortiger Kündigung (OLG. Braunschweig 11 VI 88 ZHR. 37 535). Dies gilt auch bei gunstweiser, nicht bloß bei vertragsmäßiger Einräumung; eine Entziehung nach Kündigung der Stellung durch den Prokuristen ist jedoch keine ungerechtfertigte (OLG. Hamburg 25 IX 94 ZHR. 46 485). Ein Recht auf Entschädigung und unter Umständen ein Rücktrittsrecht steht auch dem Dritten zu, der (oben Anm. I a) die Erfüllung des Vertrags auf Erteilung bezw. Belassung der Prokura nicht erzwingen kann.

II. **Unübertragbarkeit (Abs. 2).** Die jetzige Fassung des § 52 Abs. 2 ist von der Reichstagskommission gewählt, um darauf hinzuweisen, daß (zum Unterschied von der Handlungsvollmacht, § 58) die Prokura unbedingt, also auch mit Zustimmung des Geschäftsinhabers, nicht übertragen werden kann (KB. 18). Nur die volle in der Prokura liegende Vertretungsmacht ist nicht übertragbar; dagegen kann der Prokurist namens des Geschäftsinhabers Vollmacht erteilen oder auch in eigenem Namen beschränktere Untervollmachten geben.

III. **Erlöschen (Abs. 3).** Ist das Erlöschen der Prokura nicht eingetragen und bekannt gemacht (§ 53 Abs. 3), so kann der Prokurageber einem Dritten das Erlöschen nicht entgegensetzen, es sei denn, daß es diesem bekannt war (§ 15 Abs. 1). Das Erlöschen der Vollmacht (also auch der Prokura) bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zu grund liegenden Rechtsverhältnis (BGB. § 168), jedoch mit folgenden Maßgaben:

a. **Tod des Prokuragebers.** Die Prokura erlischt nicht durch den Tod des Prokurageber s (§ 52 Abs. 3), im Verhältnis zu Dritten selbst dann nicht, wenn sie ausdrücklich auf die Lebenszeit beschränkt ist (§ 50 Anm. I). Ist z. B. das zu grund liegende Rechtsverhältnis ein Auftrag oder ein Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, so erlischt im Zweifel die Prokura auch nicht durch Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Prokuragebers (BGB. §§ 672, 675).

b. **Tod des Prokuristen.** Nach herrschender Meinung bringt der Tod des Prokuristen die Prokura zum Erlöschen (Staub Anm. 9, Düringer-Hachenburg Vorbem. II 4 zu Abschn. 5, Lehmann Nr. 3, Goldmann § 53 Anm. 3); doch erscheint eine ausdrückliche gegenteilige Willenserklärung des Prokuragebers zulässig.

c. **Geschäftsveräußerung.** Die Geschäftsveräußerung bewirkt kein Erlöschen der Prokura (dagegen Staub Anm. 15, Lehmann Nr. 3, Goldmann § 53 Anm. 3), da der Prokurist als Vertreter des jedesmaligen Gewerbeinhabers anzusehen ist (§ 48 Anm. V). Daher ist, wenn der eingetragene neue Firmeninhaber die Prokura bestehen lassen will, keine Löschung und Wiedereintragung und Bekanntmachung erforderlich (Staub Anm. 15; dagegen Goldmann § 53 Anm. 3), sondern § 15 Abs. 2 ist ohne weiteres anwendbar auf die Prokura auch als Prokura des neuen Geschäftsinhabers. Über Fortsetzung des Dienstverhältnisses im Fall der Veräußerung des Geschäfts bei Lebzeiten des Dienstberechtigten s. § 22 Anm. III h 1.

d. **Einstellung des Gewerbebetriebs.** Da die Prokura nur für einen einzelnen Gewerbebetrieb erteilt ist (§ 48 Anm. V), so erlischt sie, wenn (§ 22 Anm. I b 2) dieser Gewerbebetrieb aufhört, zu bestehen (Str. 2 188, RG. 12 11). Ob schon durch Eintritt der Liquidation,

vgl. § 48 Anm. I b. Die Prokura erlischt weder durch bloße Löschung der **Firma** (§ 17 Anm. II c), noch durch bloße Löschung der **Prokura** im Handelsregister, da die Löschung nur **erklärende** Wirkung hat (§ 15 Anm. II a). Auch nicht (vgl. jedoch Düringer-Hachenburg zu Abs. 3) an sich durch **Erlöschen der Firma** (§ 31 Anm. III b), da die Prokura nicht für eine bestimmte **Firma**, sondern für ein bestimmtes **Handelsgewerbe** erteilt ist (§ 49 Abs. 1), und da die vorgeschriebene Zeichnung mit der Firma nur auf schriftliche Erklärungen beschränkt und nur Ordnungsvorschrift ist (§ 51 Anm. II). — Über den Fall des Konkurses über das Vermögen des Prokuragebers vgl. KO. §§ 7, 23, HGB. § 32 Satz 4, ROH. 24 193; hiernach ist anzunehmen, daß durch Konkurseröffnung eine vorhandene Prokura erlischt. Ob im Konkurs neu ein Prokurist bestellt werden kann, vgl. § 48 Anm. I.

§ 53.

Anmeldung.

Die Ertheilung der Prokura ist von dem Inhaber des Handelsgeschäfts zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Ist die Prokura als Gesammtprokura ertheilt, so muß auch dies zur Eintragung angemeldet werden.

Der Prokurist hat die Firma nebst seiner Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Das Erlöschen der Prokura ist in gleicher Weise wie die Ertheilung zur Eintragung anzumelden.

ADH. Art. 45 Abs. 1—3. **Entw. I** § 48. **Entw. II** § 52.

I. **Anmeldung der Erteilung.** Über die Form der Anmeldung und den Umfang der Prüfungsbefugnis des Richters vgl. § 12 Anm. I, II, VI. Bei Handelsgesellschaften ist anmeldungsberechtigt auch ein **einzelner** zur Einzelvertretung ermächtigter Gesellschafter, Geschäftsführer oder Vorsteher; bei der oHG. ist die Einzelvertretungsmacht die Regel, bei der AG. und GmbH. die Ausnahme (HGB. §§ 125 ff., 232, GmbHG. §§ 35, 78). Die Anmeldung hat bei dem Registergericht der **Niederlassung** zu erfolgen (§ 29 Anm. II, M. 29); über die Anmeldung einer Prokura bei dem Registergericht einer **Zweigniederlassung** vgl. § 13 Anm. II, § 50 Anm. III c. Über die Anmeldung einer auf **eine** Niederlassung beschränkten Prokura vgl. § 13 Anm. II b 2 β. Die Verpflichtung zur Anmeldung der Prokura ist eine selbständig neben der Verpflichtung zur Anmeldung der Niederlassung hergehende; die Eintragung der angemeldeten Haupt- oder Zweigniederlassung darf daher nicht abgelehnt werden wegen Nichtanmeldung der Prokura (KG. 11 VII 02 OLGRspr. 6 2) oder wegen eines der gleichzeitigen Anmeldung der Prokura anhaftenden Mangels. Über Erzwingung der Anmeldung durch Ordnungsstrafen vgl. § 14. Die Wohnortsänderung eines eingetragenen Prokuristen ist nicht eintragungspflichtig (KG. 9 II 05 OLGRspr. 10 332); ob eintragungsfähig vgl. § 12 Anm. V c. Die erteilte Prokura besteht auch, wenn sie zu Unrecht nicht eingetragen oder zu Unrecht gelöscht ist (§ 15 Anm. II a); über die im Verhältnis zu **Dritten** eintretenden Folgen der Nichteintragung der Prokura oder der Nichteintragung der Gesamtprokura-Beschränkung vgl. § 15; über die fälschliche Eintragung einer tatsächlich nicht erteilten Prokura vgl. § 15 Anm. III d 3 α. Die Eintragung eines **einzelnen** Prokuristen als Gesamtprokuristen mit erst künftig zu bestellenden anderen Gesamtprokuristen ist unzulässig; wird **mehreren** Personen Prokura in der Weise erteilt, daß sowohl ihnen zusammen wie einem von ihnen in Gemeinschaft mit einer der noch zu bestellenden anderen Personen Gesamtprokura zusteht, so sind die bereits Ernannten als Gesamtprokuristen einzutragen unter Fortlassung des Zusatzes über künftige Bestellung (KGJ. 4 41). Ist eine Befugnis zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken erteilt (§ 49 Abs. 2), so ist dies auf Antrag im Handelsregister zu vermerken (KG. 22 XII 02 EntschFG. 3 231 KGJ. 25 A 250 OLGRspr. 6 187).

II. **Zeichnung der Firma nebst Namensunterschrift.** Über die Form, in welcher die Zeichnung zu bewirken oder einzureichen ist, vgl. § 12 Anm. I, III. Über den vorgeschriebenen Inhalt

der Zeichnung vgl. § 51 Anm. I. Zwar bezieht sich § 51 unmittelbar nur auf die Zeichnung bei Vornahme von Rechtsgeschäften; da aber die bei Gericht aufzubewahrende Zeichnung zur Vergleichung mit jenen rechtsgeschäftlichen Zeichnungen zu dienen bestimmt ist, so muß sie diesen entsprechend gestaltet sein. Die Zeichnung hat bei jedem Gericht zu erfolgen, bei dem die Prokura anzumelden ist (§ 13 Abs. 1, KGJ. 18 21). Für die Zeichnung behufs Einreichung zum Handelsregister (§ 53 Abs. 2) genügt nicht, wie für die Zeichnung im Geschäftsverkehr (§ 51), daß der (möglicherweise nur vorgedruckten oder gestempelten, § 51 Anm. II) Firma der Name mit Prokurazusatz beigefügt wird, sondern sowohl die Firma wie der Name mit Prokurazusatz müssen von dem Prokuristen geschrieben werden (KGJ. 9 39).

III. **Anmeldung des Erlöschens.** Entsprechend kommen die in Anm. I angezogenen Bestimmungen zur Anwendung (vgl. auch § 15 Anm. III a 1). Wann ein Erlöschen stattfindet, vgl. § 52 Anm. III. Die Pflicht zur Anmeldung des Erlöschens besteht selbst dann, wenn die Erteilung nicht eingetragen worden war (§ 31 Anm. I a).

II. Handlungsvollmacht (§§ 54—58).

§ 54.

Begriff. Umfang. Beschränkungen.

Ist Jemand ohne Ertheilung der Prokura zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte ermächtigt, so erstreckt sich die Vollmacht (Handlungsvollmacht) auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.

Zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozeßführung ist der Handlungsbevollmächtigte nur ermächtigt, wenn ihm eine solche Befugniß besonders ertheilt ist.

Sonstige Beschränkungen der Handlungsvollmacht braucht ein Dritter nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie kannte oder kennen mußte.

ADH. Art. 47. **Entw. I** § 49. **Entw. II** § 53.

I. **Erteilung der Handlungsvollmacht.**

a. **Durch wen?** Die Bevollmächtigung kann durch den Inhaber des Handelsgeschäfts oder seinen gesetzlichen Vertreter (vgl. § 48 Anm. I b) geschehen; ebenso aber auch in dessen Namen durch einen Prokuristen (§ 49 Anm. I) oder einen anderen besonders hierzu oder allgemein zum Betrieb eines, derartige Geschäfte gewöhnlich mit sich bringenden Handelsgewerbes ermächtigten Handlungsbevollmächtigten. Der Vollmachtgeber braucht nicht im Verhältnis eines Dienstberechtigten zu dem Bevollmächtigten zu stehen, z. B. kann die Vertretung aus Gefälligkeit erfolgen, oder der Bevollmächtigte kann selbständiger Kaufmann sein (Vorbemerkung zu Abschnitt 5; D. 50). Auch ein Minderkaufmann kann Handlungsvollmacht erteilen (Vorbem. zu Abschn. 5). An sich auch ein Nichtkaufmann; in den regelmäßigen Fällen wird jedoch der Erteiler (oder mindestens der vom Erteiler Vertretene) Kaufmann sein müssen wegen des in § 54 Abs. 1 begrenzten, notwendig mit einem Handelsgewerbe zusammenhängenden Inhalts der Vollmacht. Handlungsbevollmächtigte zum gesamten Geschäftsbetrieb (unten c 1) können bei der Eingetragenen Genossenschaft garnicht (GenG. § 42 Abs. 2), bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nur durch Gesellschafterbeschluß (GmbHG. § 46 Nr. 7) bestellt werden.

b. **Wie?** Eine besondere Form der Erteilung ist nicht vorgeschrieben (BGB. § 167 Abs. 2). Stillschweigende Erklärung genügt. So, wenn der Vertretene, ohne zu widersprechen, bewußt zuläßt, daß der andere sich als bevollmächtigt ausgibt (RG. 1 9; vgl. ROH. 8 316) oder

nach außen als Bevollmächtigter auftritt (RG. 50 76), z. B. wiederholt gleichartige Verträge für den Vertretenen schließt (RG. 43 190). Ebenso, wenn z. B. die Ehefrau zuläßt, daß ihr Ehemann dauernd in ihrem Geschäft „mit tätig" ist und für sie Geschäfte abschließt (ROH. 10 142). Eine stillschweigende Ermächtigung zur Ausfüllung von Blankoquittungen und zur Gelderhebung auf Grund dieser Quittungen kann in der wiederholten, trotz Kenntnis des Vertretenen ohne Widerspruch zugelassenen Einhaltung eines gleichen Verfahrens liegen (ROH. 11 34). Entsprechend auch eine stillschweigende Ermächtigung zur Wechselzeichnung (RG. 23 X 01 JW. 845 [27]). Wer befugt ist, namens der Versicherungsgesellschaft die Police zu unterschreiben und auszuhändigen gilt im Zweifel als zum Abschließen des Versicherungsvertrages ermächtigt (RG. 50 77). Nicht zu billigen ist die Entscheidung ROH. 10 98, wo angenommen ist, daß nicht nur keine stillschweigende Ermächtigung, sondern auch keine Genehmigung, auf welche Dritte sich berufen können, vorliege in einem Fall, in dem ein Handlungsgehilfe wiederholt unbefugt namens des Geschäftsherrn telegraphische Erklärungen abgegeben, und der Geschäftsherr trotz erhaltener Mitteilung keine Mißbilligung erklärt, sondern stillgeschwiegen hatte. — Die Einrichtung eines Fernsprechanschlusses enthält nicht bereits eine stillschweigende Ermächtigung aller, selbst ohne Willen des Geschäftsherrn den Fernsprecher benutzenden Angestellten zur Abgabe derjenigen ferngesprochenen Erklärungen, die sie abgeben (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. III, Lehmann Nr. 6, Goldmann Anm. 1, Joerges ZHR. 56 72; dagegen Staub Anm. 11); für ferngesprochene Erklärungen gilt nichts anderes als für mündliche, schriftliche, telegraphische usw. Allerdings wird der Geschäftsherr schadensersatzpflichtig, wenn die von ihm zur Bedienung des Fernsprechers benutzte Person hierbei einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt (BGB. § 831). Auch liegt in der Einrichtung eines Fernsprechanschlusses im Geschäftsraum die Erlaubnis für jeden Dritten, diese Fernsprecheinrichtung zu geschäftlichen Kundgebungen an den Geschäftsherrn zu benutzen (RG. 17 VI 05 JW. 488 [7]). Daher ist zur Entgegennahme ferngesprochener Erklärungen in der Regel jeder kaufmännische Angestellte des Kontors ermächtigt (RG. 17 VI 05 JW. 488 [7]). Ob und wann eine dem Angestellten durch Fernsprecher übermittelte Erklärung als dem Geschäftsherrn zugegangen gilt, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI d. — Die Beifügung eines Firmenstempels zur Unterschrift eines Angestellten berechtigt allein nicht zu der Annahme, daß der Unterschreibende bevollmächtigt ist (RG. 43 192); indessen wird die dauernde Gestattung der Benutzung des Firmenstempels durch einen Angestellten gleichzustellen sein einer dem Dritten abgegebenen Erklärung (BGB. § 171), daß der Angestellte Handlungsvollmacht habe (Bolze 3 Nr. 436; dagegen RG. 43 192). — Die Eintragung von Handlungsvollmachten im Handelsregister ist nicht vorgeschrieben; die Eintragung darf auch nicht freiwillig erfolgen (§ 12 Anm. V c, P. 88, KG. 12 XII 04 OLGRspr. 10 232 ZHR. 56 567).

c. **Für welche Tätigkeit?** Nach § 54 fallen unter den Begriff der Handlungsvollmacht drei verschiedene Arten von Vollmachten:

1. Ermächtigung zum Betrieb eines Handelsgewerbes, außer wenn Prokura erteilt (§ 48 Anm. II) ist. Man kann sie „Allgemeine Betriebsvollmacht" nennen. Keine solche allgemeine Vollmacht liegt vor, wenn der Bevollmächtigte auf einen bestimmten Ortsbezirk beschränkt ist, oder wenn er nur für den kaufmännischen Vertrieb, nicht für die gleichzeitig betriebene Fabrikation tätig sein soll (RG. 27 VI 02 JW. 424 [21]).
2. Ermächtigung zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften („Geschäftsarts-Vollmacht"). Handlungsbevollmächtigte sind daher z. B. Kellner (ROH. 24 271) und Betriebsleiter (RG. 57 42). Auch der Fall des § 55 gehört hierher.
3. Ermächtigung zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte („Einzelgeschäfts-Vollmacht"). Mithin auch die Ermächtigung zu einem einzelnen Geschäft (ROH. 1 252, 16 131, Düringer-Hachenburg Anm. II, Goldmann Anm. 1, jetzt auch Staub Anm. 16; dagegen Bolze 9 Nr. 215, CosackHR. § 21 I, Lehmann Nr. 11).

d. **An wen?** Der Bevollmächtigte kann entweder Handlungsgehilfe oder Handlungsagent (KG. 18 III 01 KGJ. 22 A 78) oder sonstiger unselbständiger oder selbständiger Nichtkaufmann oder Kaufmann sein.

e. **Gesamt**vollmacht. Deren Zulässigkeit ist nicht ausdrücklich erwähnt wie (§ 48) die Zulässigkeit der Gesamtprokura; dennoch ist die Zulässigkeit anzuerkennen. Der einzelne Gesamthandlungsbevollmächtigte hat für sich nicht die in § 54 Abs. 1 erwähnte Vollmacht; mithin ist § 54 Abs. 3 nicht anwendbar, wenn der Dritte einen Bevollmächtigten für einzelvertretungsermächtigt hält, während er nur gesamtvertretungsermächtigt ist.

II. **Gewöhnlicher Umfang der Handlungsvollmacht (§ 54 Abs. 1, 2).**

a. **Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (Abs. 1).**

1. Geschäfte und Rechtshandlungen. „Geschäft" steht hier im Sinn von „Rechtsgeschäft" (vgl. auch § 343 Anm. IIa), da für die in § 54 allein behandelte Frage der Vertretungsmacht Beschäftigungen ohne eine nach außen vorhandene Rechtsbeziehung nicht in Betracht kommen können. Neben dem Wort „Geschäfte" ist bei dieser Auslegung das Wort „Rechtshandlungen" überflüssig, da der Begriff „Rechtsgeschäft" auch einseitige Vornahmen umfaßt (§ 343 Anm. IIa 2). Andererseits sind die Worte „Geschäfte und Rechtshandlungen" zu eng, weil die Vertretungsmacht des Handlungsbevollmächtigten auch die Vertretung bei untätiger Entgegennahme fremder Willenserklärungen umfaßt.

2. Derartiges Handelsgewerbe, derartige Geschäfte. Die gleiche Redewendung in § 56. Die Vollmacht des Prokuristen ist eine weitere (§ 49 Anm. IIb). Die Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten reicht daher so weit, wie Geschäfte dieser Art in anderen Gewerbebetrieben derselben Gattung abgeschlossen zu werden pflegen, selbst wenn die Verhältnisse im einzelnen Gewerbebetrieb des Vollmachtgebers anders liegen (Str. 70 359). Aber auch so weit, wie es zu der Eigenart des Geschäftsbetriebs des Vollmachtgebers gehört, selbst wenn in anderen Gewerbebetrieben derselben Gattung derartige Geschäfte nicht vorzukommen pflegen (ROH. 6 154).

3. Gewöhnlich mit sich bringt. Vgl. § 49 Anm. IId. Hierunter sind namentlich die Nebengeschäfte und die bei Durchführung des Geschäfts erforderlichen Ausführungshandlungen verstanden. Die Handlungsvollmacht beschränkt sich nicht auf den ersten Abschluß, sondern muß auch auf die später gepflogenen Unterhandlungen und die Ausgleichung von Schwierigkeiten, die sich bei der Ausführung des Vertrags ergeben, bezogen werden (Str. 69 348; die Fassung lautete allerdings in ADH. Art. 47 „Ausführung derartiger Geschäfte", jetzt „Vornahme"; die Worte „gewöhnlich mit sich bringt" schließen aber auch jetzt die Ausführung ein). Auch auf Empfehlung von Waren anläßlich ihres Verkaufs erstreckt sich die Handlungsmacht (RG. 42 132). Dagegen nicht darauf, daß der Bevollmächtigte die Forderungen seines Machtgebers gegen Dritte durch Abtretung auf sich selbst zur Deckung der eigenen Gehaltsansprüche überträgt (KG. 2 X 03 KGBl. 97). Auch die besonders große wirtschaftliche Tragweite eines Geschäfts kann es außerhalb des Rahmens eines derartigen Handelsgewerbes stellen (vgl. RG. 52 90, RG. 1 VII 04 JW. 476[20]). Dagegen nicht schon der Umstand, daß das spätere Geschäft erheblicher war als eine Reihe früher abgeschlossener Geschäfte (OLG. Posen 8 X 03 OLGRspr. 7 382). Die Erwirkung einer Wechselverlängerung bringt nicht die Verpfändung von Gegenständen gewöhnlich mit sich (OLG. Hamburg 16 II 95 ZHR. 46 484). Der Betrieb bringt es nicht mit sich, daß der Bevollmächtigte sich wegen einer eigenen Forderung an den Machtgeber bezahlt macht durch Abtretung von Außenständen des letzteren an sich, den Bevollmächtigten, selbst (KG. 2 X 03 OLGRspr. 8 33).

b. **Ausnahmen (Abs. 2).** Die Handlungsvollmacht umfaßt nicht, selbst falls ein derartiges Handelsgewerbe oder derartige Geschäfte dies gewöhnlich mit sich bringen, die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken (nur dies ausgeschlossen bei der Prokura; § 49 Anm. IIIa), die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten (also Wechselerklärungen aller Art, soweit dadurch eine Verbindlichkeit übernommen wird), die Aufnahme von Darlehen und die Prozeßführung. Die Befugnis hierzu kann jedoch „besonders" (Gegensatz zu „ausdrücklich"; § 49 Anm. IIIa) erteilt werden. Die Handlungsvollmacht umfaßt ferner nicht die Vertretung in Ansehung streng persönlicher Rechte (§ 49 Anm. IIIb), bei Rechtsgeschäften des Bevollmächtigten mit sich selbst außerhalb der in BGB. § 181 gezogenen Grenzen (§ 126 Anm. Ie)

und bei Zusammenwirken mit Drittem unter beiden bewußter Schädigung des Machtgebers (§ 126 Anm. I f).

c. **Die einzelnen Arten** der Handlungsvollmacht. Von dem Willen des Vollmachtgebers hängt ab, welche der verschiedenen Arten der Handlungsvollmacht er erteilen will, und wie weit innerhalb der einzelnen Vollmachtsart die Vollmacht reichen soll. Der Wille des Vollmachtgebers ist aus den Umständen des Einzelfalls zu erforschen (Str. **60** 345, **76** 110). Die gewollte Vollmacht kann umfassender sein als der gewollte Auftrag. Wird nur erklärt daß „Handlungsvollmacht und Vollmacht zur Prozeßführung" erteilt werde, so ist, wenn auch die Grenzen des Gewollten zweifelhaft sein mögen, aus den Umständen zu ermitteln, welche der verschiedenen Arten der Handlungsvollmacht erteilt werden sollte, und insoweit gilt die Vollmacht; die Vollmacht zur Prozeßführung, wenn in dieser Weise besonders erteilt (§ 54 Abs. 2), fällt unter die obige zweite Art der Handlungsvollmachten und ist als solche wirksam (vgl. § 49 Anm. III a; dagegen Str. **68** 134). Falls der Handlungsbevollmächtigte außerhalb der Grenzen der ihm erteilten Vollmacht zum Nachteil des Geschäftsherrn handelt, so ist er insoweit nicht „Bevollmächtigter", mithin auch nicht wegen Untreue (StGB. § 266 strafbar (RGSt. **28** 156).

1. Allgemeine Betriebsvollmacht (oben Anm. I c 1). Ist (ohne Beschränkung) eine Ermächtigung zum Betrieb eines Handelsgewerbes erteilt, so erstreckt sich die Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb (§ 49 Anm. II a) eines derartigen Handelsgewerbes (§ 1 Anm. III a) gewöhnlich mit sich bringt. Diese allgemeine Betriebsvollmacht unterscheidet sich ihrem gesetzlichen Umfang nach von der Prokura dadurch, daß der Allgemein-Betriebsbevollmächtigte nur zu demjenigen ermächtigt gilt, was der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt, während der Prokurist zu allem ermächtigt gilt, was der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes mit sich bringen kann (§ 49 Anm. II d). Außerdem waltet zwischen der allgemeinen Betriebsvollmacht und der Prokura der Unterschied ob, daß die erstere, nicht aber die letztere, mit rechtlicher Wirkung gegen Dritte Beschränkungen aller Art erleiden kann. Endlich, daß nach CPO. § 173 in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten Zustellungen an den Prokuristen mit gleicher Wirkung wie an die Partei selbst erfolgen können, nicht aber an einen Handlungsbevollmächtigten, selbst wenn er allgemeine Betriebsvollmacht hat, es sei denn, daß ihm noch weitergehend Generalvollmacht erteilt ist.
2. Geschäftsarts-Vollmacht (oben Anm. I c 2). Ist (ohne Beschränkung) Vollmacht zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften erteilt, so erstreckt sich die Vollmacht auf alles, was die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Vgl. die Sonderbestimmungen für Handlungsreisende und Ladenangestellte in §§ 55, 56.
3. Einzelgeschäfts-Vollmacht (oben Anm. I c 3). Ist (ohne Beschränkung) Vollmacht zur Vornahme bestimmter einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte erteilt, so erstreckt sich die Vollmacht auf alles, was die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Teil des Geschäfts ist bei einem Kauf namentlich auch die Vereinbarung des Preises; eine etwaige Beschränkung des Bevollmächtigten in der beliebigen Feststellung des Preises ist daher dem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn letzterer die Beschränkung kannte oder kennen mußte (§ 54 Abs. 3, ROH. **16** 131).

III. **Gewillkürte Beschränkungen der Handlungsvollmacht (§ 54 Abs. 3).** Der Abs. 3 ist im HGB. neu hinzugefügt; sein Inhalt war bereits nach der früheren Rechtsprechung geltendes Recht (vgl. z. B. ROH. **5** 209, **23** 348 ff.). Beschränkungen der Handlungsvollmacht sind gültig und (anders bei der Prokura; § 50 Anm. II b, c) auch gegenüber dem Dritten wirksam, wenn dieser sie kannte (ROH. **12** 279) oder nur infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (= kennen mußte; BGB. § 122). Anderenfalls aber, wenn nämlich der Dritte die Beschränkungen nicht kennt und nicht kennen muß, darf er annehmen, daß die Vollmacht den vollen in § 54 Abs. 1 festgelegten gesetzlichen Umfang hat. Das „sonstige" in § 54 Abs. 3 ist streng genommen überflüssig, denn wenn die in § 54 Abs. 2 genannten Befugnisse ausgeschlossen werden,

so ist dies nicht eigentlich eine Beschränkung der Handlungsvollmacht, sondern nur die Erklärung, daß in dem betreffenden Fall die Vollmacht nicht über den gesetzlichen Umfang ausgedehnt werden solle. Ein Handelsgebrauch des Inhalts, daß ein Dritter das in üblicher Weise Bekanntgemachte kennen müsse, besteht nicht (Goldmann Anm. 3 gegen Staub Anm. 22), wie schon daraus folgt, daß § 15 Abs. 2 voraussetzt, daß nicht immer eine ordnungsmäßig bekanntgemachte Tatsache dem anderen bekannt sein muß. Der Dritte handelt — falls keine besonderen Verdachtsgründe vorliegen — nicht fahrlässig, wenn er den (ausdrücklichen oder aus den Handlungen zu folgernden) Angaben des Bevollmächtigten über den (innerhalb des gesetzlichen Umfangs, oben Anm. II, liegenden) Umfang seiner Vollmacht traut (ROH. **10** 143). War die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Dritten erteilt, so bleibt sie diesem gegenüber in Kraft, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird, es sei denn, daß der Dritte das Erlöschen kannte oder kennen mußte (BGB. §§ 170, 173). Eine Erklärung der Vollmacht gegenüber einem Dritten liegt auch in dem bewußten Unterhalten einer durch den Bevollmächtigten vermittelten fortlaufenden Geschäftsverbindung mit einem Dritten; der Dritte handelt in solchem Fall nicht fahrlässig, wenn er unterläßt, sich vor jedem einzelnen Geschäft zu erkundigen, ob etwa die bisherige Vollmacht inzwischen widerrufen oder eingeschränkt worden sei (ROH. **10** 381). Anders bei einem erstmaligen oder einem außergewöhnlich umfangreichen Geschäft mit dem Dritten (RG. **43** 193).

IV. **Verhältnis des Machtgebers zum Handlungsbevollmächtigten.** Über dies Verhältnis ist aus § 54 nichts zu entnehmen. Vielmehr ist hierfür das der Vollmacht zu grund liegende Rechtsverhältnis maßgebend. Die Dienstanweisung oder der Auftrag kann enger sein als die Vollmacht. Beschränkungen oder Erweiterungen der Dienstanweisung sind für dies innere Verhältnis unbedingt maßgebend (RG. **52** 100), ohne Rücksicht auf die Bestimmungen des § 54 Abs. 1, 2 oder 3. Indessen wird angenommen werden dürfen, daß im Zweifel, wenn eine Vertretungsmacht nach § 54 erteilt ist, die (im inneren Verhältnis bestehende, vgl. § 235 Anm. Ia) Vertretungsbefugnis nach dem Willen des Machtgebers den gleichen Umfang haben sollte, wie jene (für das Verhältnis nach außen erteilte) Vertretungsmacht. So wird mittelbar unter Umständen § 54 Abs. 1, 2 auch für die Bestimmung des Umfangs der (im inneren Verhältnis bestehenden) Vertretungsbefugnis von Erheblichkeit sein können (vgl. Str. **64** 260, ROH. **24** 197).

V. **Verhältnis des Machtgebers zum Dritten.** Hierfür sind in Ergänzung des § 54 die Bestimmungen des BGB. §§ 164 ff. maßgebend. Falls die Vollmacht vorhanden oder zugunsten des Dritten als vorhanden zu unterstellen, so kann der Vollmachtgeber nicht gegenüber dem Dritten sich darauf berufen, daß der Bevollmächtigte über die Grenzen des Auftrags geirrt (RG. **1** 9, **30** 30) oder sie absichtlich überschritten hat — es sei denn in letzterem Fall, daß wegen Vorliegens besonderer Verdachtsgründe gegen die Zuverlässigkeit des Bevollmächtigten dem Dritten eine Erkundigungspflicht oblag (OLG. Hamburg 19 XII 95 ZHR. **46** 485). Der Vollmachtgeber muß das abgeschlossene Geschäft so gegen sich gelten lassen, wie es dem Bevollmächtigten angeboten und von ihm angenommen worden ist (RG. **30** 217, **36** 247); insbesondere sind erheblich auch die Zusicherungen des Bevollmächtigten, selbst wenn demnächst das hierdurch veranlaßte Angebot des Dritten unmittelbar dem Vollmachtgeber zugesandt wird (RG. **30** 30). — Willenserklärungen Dritter, durch deren Zugang der Geschäftsherr verpflichtet sein würde, muß er als zugegangen gelten lassen, wenn sie in sein Geschäft gelangt sind und seine Nachlässigkeit oder ein Mangel in den Geschäftseinrichtungen den Grund dafür bilden, daß sie nicht zu seiner Kenntnis gekommen sind; dagegen nicht auch, wenn der Grund hierfür nur in einem nicht von ihm vorauszusehenden unredlichen Verhalten eines Angestellten liegt (RG. **43** 193; vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVId).

§ 55.

Fernreisende.

Die Vorschriften des § 54 finden auch auf Handlungsbevollmächtigte Anwendung, die als Handlungsreisende zur Vornahme von Geschäften an Orten

verwendet werden, an denen sich eine Niederlassung des Geschäftsinhabers nicht befindet.

Die Reisenden gelten insbesondere für ermächtigt, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen und dafür Zahlungsfristen zu bewilligen.

Die Anzeige von Mängeln einer Waare, die Erklärung, daß eine Waare zur Verfügung gestellt werde, sowie andere Erklärungen solcher Art können dem anwesenden Reisenden gegenüber abgegeben werden.

ADH. Art. 49. **Entw. I** § 51. **Entw. II** § 54.

I. **Fern-Handlungsreisende.**

a. **Sie sind Handlungsbevollmächtigte.** In den gewöhnlichen Fällen haben Handlungsreisende eine Handlungsvollmacht und zwar eine Vollmacht der in § 54 Anm. Ic 2 erwähnten Art. Diese Vollmacht kann auf selbständigen Abschluß von Geschäften oder auch nur auf Einholung von erst durch den Machtgeber anzunehmenden Vertragsangeboten der Kunden gehen. Gleichgültig ist auch hier, in welchem Rechtsverhältnis der Reisende zu dem Geschäftsherrn steht, er kann sein z. B. Handlungsgehilfe (§ 59 Anm. IIIa; vgl. dort über Reisespesen), Handlungsagent (§ 87), offener nicht geschäftsführender Gesellschafter, stiller Gesellschafter. Daß auf den Handlungsreisenden, wenn er Handlungsbevollmächtigter ist, die Vorschriften des § 54 Anwendung finden, ist selbstverständlich; sie sind anwendbar nicht nur auf den Fernreisenden, sondern auch auf den Stadtreisenden. Der § 55 will in dieser Beziehung keinen Unterschied zwischen Fernreisenden und Stadtreisenden aufstellen. Im § 55 Abs. 1 wird nur der Begriff des Fernreisenden festgelegt, und für letzteren allein (im Gegensatz zum Stadtreisenden) werden dann in den Abs. 2 und 3 besondere Regeln gegeben, die nach Abs. 1 (und Abs. 2: „insbesondere") nicht statt der Vorschriften des § 54, sondern nur in deren Ergänzung gelten sollen. Der § 54 findet daher auch insoweit Anwendung, als die Zulässigkeit einer Beschränkung der Befugnisse im § 55 Abs. 2 oder einer Ausdehnung der Befugnisse über die in § 55 Abs. 3 festgesetzten Grenzen hinaus und das dann eintretende Verhältnis zu Dritten in Betracht kommt. Nach § 54 ist der Reisende im Zweifel nicht ermächtigt, Geschäfte, die außerhalb des Rahmens des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes liegen, z. B. Geschäfte über ungewöhnlich hohe Beträge, abzuschließen (§ 54 Anm. IIa 3, RG. 52 90).

b. **Begriff.** Fernreisende im Sinn des § 55 sind diejenigen Reisenden, die zur Vornahme von Geschäften (§ 54 Anm. Ic 2 und 3) an Orten (= Handelsplatz im Gegensatz zu Gemeindebezirk, § 29 Anm. IVb 1) verwendet werden, an denen sich eine Niederlassung (gemeint ist nur eine Handelsniederlassung, § 13 Anm. Ib) des Geschäftsinhabers nicht befindet. Nicht auch (was Staub Anm. 4 und ähnlich Lehmann Nr. 2 annehmen) diejenigen, die „vom Geschäft aus nach den Nachbarorten geschickt werden, um nach kurzer Zeit zurückzukehren" (Goldmann Anm. 1). Auf Stadtreisende finden die Vorschriften des § 55 Abs. 2 und 3 auch nicht entsprechende Anwendung (D. 51, RG. 6 83). Ebensowenig auf nichtreisende Handlungsbevollmächtigte, z. B. Platzagenten (§ 86), auch wenn diese von einem Ort aus, an dem sich keine Niederlassung des Machtgebers befindet, Geschäfte schließen.

II. **Umfang der gesetzlichen Vollmacht des Fernreisenden.**

a. **Einziehung des Kaufpreises aus den von ihm abgeschlossenen Verkäufen.** (Anders bei denjenigen Handlungsagenten, die nicht Handlungsreisende sind: § 86 Abs. 1.) Die Vollmacht besteht nur für diejenigen Verkäufe, die von demselben Reisenden abgeschlossen sind; also nicht z. B. nach einem inzwischen eingetretenen Wechsel in der Person des Reisenden, oder wenn der Geschäftsherr das Geschäft abgeschlossen hatte. In den letzteren Fällen kann aber eine entsprechende Handlungsvollmacht gemäß § 54 vorliegen (ROH. 4 301, 6 403, 15 407, vgl. RG. 6 84). Da der Reisende nach § 55 Abs. 2 Handlungsvollmacht zur Einziehung des Kaufpreises hat, so ist er nach § 54 Abs. 1 auch zu denjenigen Geschäften und Rechts-

handlungen ermächtigt, die eine Einziehung des Kaufpreises gewöhnlich mit sich bringt, z. B. also zur Bewilligung kleinerer Abzüge, wenn solche üblich sind (Staub Anm. 5, Lehmann Nr. 3; dagegen Goldmann Anm. 2), unter Umständen selbst zu Nachlässen und Vergleichen (unten Anm. IIb).

b. **Bewilligung von Zahlungsfristen.** (Anders bei denjenigen Handlungsagenten, die nicht Handlungsreisende sind; § 86 Abs. 1.) Auch zur Bewilligung von Zahlungsfristen ist der Reisende nach § 55 Abs. 2 nur bezüglich der von ihm selbst abgeschlossenen Geschäfte ermächtigt; die Handlungsvollmacht kann jedoch eine weitgehende sein (Anm. IIa). Abgesehen von der Stundung des Kaufpreises ist der Reisende zu einer nachträglichen Abänderung der Bedingungen eines abgeschlossenen Geschäfts nicht befugt (D. 51), und zwar ohne Unterschied, ob die betreffende Bedingung wesentlich oder unwesentlich ist (D. 51). Namentlich in der Regel nicht zur Rückgängigmachung eines Geschäfts oder zum unentgeltlichen Verzicht auf erworbene Rechte des Vollmachtgebers (ROH. 7 116), auch wenn er den Geschäftsabschluß seinem Machtgeber noch nicht angezeigt hatte (Goldmann Anm. 2; abweichend Staub Anm. 9). Unter Umständen, in gewissen Geschäftszweigen und bei einer gewissen Art der Kundschaft, kann jedoch die Einziehung und Stundung auch Nachlässe und Vergleiche gewöhnlich mit sich bringen, und dann ist der Reisende auch hierzu berechtigt (dagegen Goldmann Anm. 2). Andererseits darf er trotz des § 55 nicht außergewöhnlich lange Zahlungsfristen, z. B. nicht Stundung auf unbestimmte Zeit, bewilligen (Staub Anm. 5, Goldmann Anm. 2, Lehmann Nr. 3).

c. **Entgegennahme von Erklärungen.** Nur solange der Reisende anwesend ist, hat er Vollmacht zur Entgegennahme. (Anders bei denjenigen Handlungsagenten, die nicht Handlungsreisende sind; § 86 Abs. 2.) Genügend ist persönliche Anwesenheit an dem Handelsplatz, wo die Erklärung abgegeben wird (D. 51, Lehmann Nr. 4, Düringer-Hachenburg Anm. III, Goldmann Anm. 3), auch wenn die Erklärung nicht „unter Anwesenden" im Sinn des BGB. § 147 geschieht. Umgekehrt ist der Reisende nicht ermächtigt zur Entgegennahme der Erklärung, wenn er sich nicht am gleichen Handelsplatz befindet, dennoch aber die Erklärung mittels Fernsprecher erhält. Die Erklärungen, zu deren Entgegennahme der anwesende Reisende ermächtigt ist, sind Anzeigen von Mängeln einer Ware, die Zurverfügungstellung und andere Erklärungen „solcher Art", namentlich also Erklärungen, die sich auf die Erfüllung der Verträge und die Gutheißung oder Bemängelung dieser Erfüllung beziehen. Eine Beschränkung nach der Richtung, daß die Ware bereits abgeliefert sein muß, ist nicht aufgenommen; daher wird anzunehmen sein, daß die Ermächtigung des § 55 sich auch auf die Entgegennahme von Erklärungen über die Folgen etwaiger Nichterfüllung oder eines Verzuges in der Erfüllung mitbezieht. So z. B. auf Entgegennahme einer Mahnung (Düringer-Hachenburg Anm. III), einer Fristsetzung aus BGB. § 326 (Staub Anm. 5, Düringer-Hachenburg Anm. III, Goldmann Anm. 3; dagegen Lehmann S. 145 Fußnote 1), eines Erfüllungsverlangens aus HGB. § 376 oder eines Schadensersatzverlangens oder einer Rücktrittserklärung aus BGB. §§ 326, 361, HGB. § 376. Nicht notwendig braucht es sich um einen Verkauf zu handeln; auch ein zwischen dem Machtgeber des Handlungsbevollmächtigten und dem Erklärenden abgeschlossenes Kommissionsgeschäft kann z. B. in Frage kommen. — Mit Bezug auf die Entgegennahme von Erklärungen ist die gesetzliche Vollmacht des Reisenden nicht auf diejenigen Geschäfte beschränkt, die er selbst abgeschlossen hat. Nur zur Entgegennahme der Erklärungen ist der anwesende Reisende ermächtigt (so daß der Kunde eine vorgeschriebene Anzeige in genügender Weise macht, wenn er sie nicht dem Vollmachtgeber sondern nur dem Reisenden gegenüber erstattet). Nicht aber zur Abgabe einer Erklärung namens des Vollmachtgebers als Antwort auf die Erklärung des Kunden, z. B. also nicht zur Genehmigung einer Zurverfügungstellung (D. 51, ROH. 5 106) oder zur Anerkennung des Vorhandenseins von Mängeln. Es kann allerdings im Einzelfall auch eine diese letzteren Befugnisse einschließende Handlungsvollmacht erteilt sein.

§ 56.

Ladenangestellte.

Wer in einem Laden oder in einem offenen Waarenlager angestellt ist, gilt als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Waarenlager gewöhnlich geschehen.

ADH. Art. 50. **Entw. I** § 52. **Entw. II** § 55.

I. **Vorausgesetzt** ist die Anstellung in einem Laden oder in einem offenen Warenlager.

a. **Angestellt.** Vgl. § 59 Anm. I f. Der § 56 setzt nicht voraus, daß der Angestellte Handlungsvollmacht hat. Man ging davon aus, daß niemand ermessen könne, ob eine in einem Laden oder Warenlager angestellte Person ein Handlungsbevollmächtigter sei oder nicht (P. 97, 956). Ebenso ist unerheblich, ob der Angestellte ein Handlungsgehilfe ist (HG. Leipzig 14 IX 63 in Zentralorgan NF. 1 567); erfordert ist nur, daß er in einem Dienstverhältnis zum Geschäftsherrn steht, das den Aufenthalt des Angestellten „in" dem Laden oder Lager zur von dem Geschäftsherrn beabsichtigten Folge hat. Man wird aber den Begriff noch weiter dahin einschränken müssen, daß nur solche Angestellte gemeint sind, die den Verkehr mit dem Publikum übernehmen sollten, oder von denen der Geschäftsherr mindestens voraussehen mußte, daß sie an der ihnen angewiesenen Stelle in die Lage kommen würden, mit dem Publikum zu verkehren. Daß gegen Entgelt die Anstellung erfolgt war, ist nicht notwendig; so kann z. B. Angestellte im Sinn des § 56 die Ehefrau des Ladeninhabers sein, die von ihm mit der Vertretung während seiner Abwesenheit beauftragt ist (vgl. RG. 51 23).

b. **Laden oder offenes Warenlager.** Die Fassung des entsprechenden Art. 50 ADH. lautete: „in einem Laden oder in einem offenen Magazin oder Warenlager". Durch Nichterwähnung der „Magazine" in § 56 sollte von dem früheren Recht nicht abgewichen werden (D. 52). Nur auf offene Warenlager findet § 56 Anwendung, d. h. auf solche, die nach dem Willen des Geschäftsherrn dem Publikum zugänglich sind. Unter „Laden" sind dem Publikum zugängliche Räume, in welchen Kleinverkauf stattfindet, verstanden, einschließlich solcher Kontors, die sich durch Aushängeschilder u. dgl. als offene Verkaufsräume ankündigen (P. 97). Das Bureau eines Bankgeschäfts fällt hierunter in der Regel nicht (ROH. 12 38). Eine Ausdehnung der Regel auf andere dem Publikum zugängliche Geschäftsräume ist absichtlich unterlassen (D. 52); aber nur, um in diesen Fällen die Entscheidung offen zu lassen (P. 97); in dieser Beziehung (z. B. bezüglich anderer Kontors) verbleibt es daher bei den allgemeinen Vorschriften über Handlungsvollmachten. HG. Leipzig 14 IX 63 in Zentralorgan NF. 1 565 erachtet für ermächtigt zur Empfangnahme von Zahlungen einen Handlungsgehilfen, der seinen geschäftlichen Platz in einem Kontor hat, in dem Zahlungen gewöhnlich geleistet werden.

II. **Vermutung** der Ermächtigung: „gilt als ermächtigt". Der § 56 setzt fest, daß bei dem Vorliegen bestimmter äußerer Umstände der Dritte eine Handlungsvollmacht gewissen Inhalts als erteilt voraussetzen darf, selbst wenn der Angestellte tatsächlich überhaupt keine Handlungsvollmacht (oder nur eine beschränktere Handlungsvollmacht) erhalten hat. Der § 56 ist daher nicht einfach ein Fall des § 54, denn in dem letzteren Paragraphen ist immer vorausgesetzt, daß eine Handlungsvollmacht (gleichviel welchen Umfangs) erteilt ist. Die im Fall des § 54 geltenden Regeln für die Erheblichkeit eines bei dem Dritten vorhandenen Kennens oder Kennenmüssens von Beschränkungen sind deshalb nicht unmittelbar anwendbar auf den Fall des § 56, mindestens dann nicht, wenn dem Angestellten gar keine Handlungsvollmacht erteilt ist. Nichtsdestoweniger gilt jene Regel auch hier vermöge derselben allgemeinen Rechtsgrundsätze, die auch nach früherem Recht, trotzdem der jetzige § 54 Abs. 3 nicht ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen war (§ 54 Anm. III), zur allgemeinen Anwendung jener Regel bei Handlungsvollmachten führten. Der Dritte, der weiß (oder wissen muß), daß der Angestellte keine oder nur beschränkte Vollmacht hat, kann sich daher auf § 56 nicht berufen (ROH. 12 39). Die Beschränkung wird daher auch für den Dritten in der Regel dann z. B. wirksam, wenn sie

durch eine für jeden, der den Geschäftsraum besucht, sicher erkennbare und verständliche Verkündigung allen, die mit dem Angestellten in Geschäftsverhandlung treten, bekannt gemacht, oder wenn der Dritte von ihr besonders benachrichtigt worden ist (ROH. 20 122); doch kann unter besonderen Umständen trotz jener sichtbaren Bekanntmachung ein Kennenmüssen des Ladenbesuchers und daher die Wirksamkeit der Beschränkung ihm gegenüber zu verneinen sein, so z. B. bei Kurzsichtigkeit des Ladenbesuchers, nicht genügender Kenntnis der Sprache, großer Eile beim Einkauf (Goldmann Anm. 2). — Der § 56 gilt nicht auch im Verhältnis des Geschäftsherrn zum Angestellten; indessen kann, wenn dem letzteren überhaupt Vollmacht erteilt ist, im Zweifel angenommen werden dürfen, daß nach dem Willen des Machtgebers die (im inneren Verhältnis bestehende) Vertretungsbefugnis den gleichen Umfang haben sollte wie die nach § 56 vermutete Vertretungsmacht (§ 54 Anm. IV).

III. **Inhalt der Vermutung** ist die Ermächtigung zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen.

a. **Verkäufe und Empfangnahmen.** In der Vollmacht zum Verkauf liegt die Vollmacht zur Vereinbarung der näheren Bedingungen des Verkaufs, namentlich also der Höhe des Kaufpreises (ROH. 23 351) und der Zeit und Art der Zahlung. Ein Antrag, die Vollmacht auf Verkauf gegen bare Zahlung als Regel einzuschränken, wurde in der Nürnberger Kommission abgelehnt (P. 99). Unter Empfangnahme ist nur die Besitznahme verstanden, nicht (wie an einzelnen Stellen im ADH.) die hinzukommende Annahme als Erfüllung oder sonstige Billigung. Die Empfangnahme kann Waren oder Geld betreffen. Oder auch Briefe und Pakete. Dagegen wird auf Entgegennahme mündlicher Erklärungen, z. B. auch solcher durch Fernsprecher, das Wort „Empfangnahme" nicht ausgedehnt werden dürfen; indessen gilt in diesen Beziehungen Ähnliches (§ 54 Anm. Ib, Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVId). Zu Verkauf und Empfangnahme ist der Angestellte nur ermächtigt, soweit beides im Laden oder Warenlager, wo er angestellt ist, erfolgt (Str. 60 346, ROH. 22 59). Die Fassung des bisherigen Art. 50 ADH. lautete: „gilt als ermächtigt, daselbst Verkäufe und Empfangnahmen vorzunehmen." Durch die Änderung der Fassung ist der Sinn nicht geändert worden.

b. **Derartiger** Laden oder **derartiges** Warenlager. Vgl. § 54 Anm. IIa2. Gemeint ist: „in einem derartigen oder in diesem Laden oder Warenlager". Die Worte „oder in diesem" wurden in der Nürnberger Kommission als selbstverständlich gestrichen (P. 98, 956).

c. **Gewöhnlich geschehen.** Was zu den gewöhnlich in einem derartigen Laden oder Lager vorkommenden Verkäufen und Empfangnahmen gehört, ob namentlich nur Kleinverkäufe oder auch Großverkäufe, ob nur Verkäufe gegen sofortige bare Zahlung oder auch Verkäufe auf Kredit, kann nicht im allgemeinen, sondern nur nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles und dem bisherigen Gebrauch bestimmt werden (M. 34).

§ 57.

Zeichnung des Handlungsbevollmächtigten.

Der Handlungsbevollmächtigte hat sich bei der Zeichnung jedes eine Prokura andeutenden Zusatzes zu enthalten; er hat mit einem das Vollmachtsverhältniß ausdrückenden Zusatze zu zeichnen.

ADH. Art. 48. **Entw. I** § 50. **Entw. II** § 56.

I. **Verbot eines Prokurazusatzes.** Über die Art, wie der Prokurist zu zeichnen hat, vgl. § 51 Anm. I.

II. **Zeichnung des Handlungsbevollmächtigten.** Er hat zu zeichnen, d. h. die Firma zu zeichnen. Er hat einen das Vollmachtsverhältnis ausdrückenden Zusatz zu gebrauchen, z. B. „i. V." (= in Vollmacht), „p." (= per, für), „mand. noe." (= mandantis nomine). Endlich kann er auch seinen eigenen Namen hinzufügen. Das letztere ist allerdings für die Handlungsbevollmächtigten nicht ausdrücklich im Gesetz vorgeschrieben wie für den Prokuristen. Er zeichnet aber nicht vorschriftsmäßig, wenn er nur mit der Firma, ohne Zusatz, unter-

zeichnet (dagegen Staub § 350 Anm. 38). Die vorschriftsmäßige Zeichnung würde daher zu lauten haben:

A & Co. / i. V. B. oder p. A & Co. / B. oder nur p. A & Co.

III. **Wirkung eines Verstoßes gegen die vorgeschriebene Art der Zeichnung.** Es gilt Entsprechendes wie bei der Prokura. Vgl. daher § 51 Anm. II. Genügend für das Verhältnis zum Dritten ist daher z. B. auch eine Zeichnung, die in der Weise erfolgt, daß der Bevollmächtigte lediglich den Namen seines Machtgebers zeichnet (RG. 7 XII 01 JW. Beilage S. 186); eine andere Frage ist, ob im Einzelfall der Bevollmächtigte im Verhältnis zu seinem Machtgeber befugt war, dessen Namen zu unterschreiben. Der Gebrauch des verbotenen Prokurazusatzes durch den Handlungsbevollmächtigten kann letzteren unter Umständen schadensersatzpflichtig gegenüber einem hierdurch irregeführten Dritten machen.

§ 58.

Übertragung der Handlungsvollmacht.

Der Handlungsbevollmächtigte kann ohne Zustimmung des Inhabers des Handelsgeschäfts seine Handlungsvollmacht auf einen Anderen nicht übertragen.

ADH. Art. 53. **Entw. I** § 53. **Entw. II** § 57.

I. **Zustimmung des Geschäftsinhabers** bei der Übertragung. Während die Prokura trotz etwaiger Zustimmung des Vollmachtgebers nicht übertragbar ist (§ 52 Anm. II), ist die Handlungsvollmacht übertragbar, aber nur mit Zustimmung des Geschäftsinhabers. Die Zustimmung kann im voraus oder nachträglich erteilt werden (BGB. §§ 182 ff.). Auch der gesetzliche Vertreter oder ein genügend bevollmächtigter gewillkürter Vertreter des Geschäftsinhabers kann die Zustimmung erteilen. Der § 58 bezieht sich nur auf eine Übertragung der Handlungsvollmacht als Ganzes; zur Bevollmächtigung anderer Personen zu einzelnen Geschäften ist der Handlungsbevollmächtigte auch ohne besondere Zustimmung des Vollmachtgebers befugt, wenn die Geschäfte, für die ihm Vollmacht erteilt ist, dies gewöhnlich mit sich bringen (§ 54 Abs. 1; M. 31). Überträgt ein Handlungsbevollmächtigter seine Vollmacht mit Zustimmung des Geschäftsinhabers, so finden auf denjenigen, auf den die Vollmacht übertragen ist, alle Vorschriften über Handlungsbevollmächtigte Anwendung (P. 959).

II. **Verhältnis des Machtgebers zu Dritten.** Die versuchte Übertragung der Handlungsvollmacht in Fällen, in denen sie nach § 58 nicht erfolgen kann, ist Dritten gegenüber wirkungslos (P. 959, 1425).

III. **Verhältnis des Machtgebers zum Handlungsbevollmächtigten.** Auch für dies Verhältnis erwirbt mangels Zustimmung des Machtgebers der Übertragungsempfänger keine Vertretungsmacht. Für die hiervon zu unterscheidenden Fragen, ob der Übertragungsversuch eine Verletzung der Vertragspflichten des Handlungsbevollmächtigten enthält, und ob der Handlungsbevollmächtigte zwar nicht die Ausübung der Vertretungsmacht, aber seine sonstigen Obliegenheiten auf einen anderen übertragen darf, kommt es auf das zu grund liegende Rechtsverhältnis an. Bei dem Dienstvertrag hat der Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten (BGB. § 613); beim Auftrag darf der Beauftragte im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen (BGB. § 664).

Sechster Abschnitt.

Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge.

I. **Verhältnis zu anderen gesetzlichen Bestimmungen.**

a. **Bürgerliches Gesetzbuch.** Neben dem HGB. kommen die Bestimmungen des BGB. ergänzend in Betracht. So für den Dienstvertrag die §§ 611—630, 675 BGB. (vgl. § 59 Anm. II)

und für die Haftung des Geschäftsherrn gegenüber einem Dritten bei Verschulden und widerrechtlicher Schadenszufügung die §§ 278, 831 BGB. Der Abschnitt 6 Buch I HGB. regelt nur das innere Verhältnis des Geschäftsherrn zu seinen Gehilfen und Lehrlingen. Ein etwa gleichzeitig bestehendes Vollmachtsverhältnis, das für die Beziehungen des bevollmächtigenden Geschäftsherrn zu dem Dritten, mit dem der bevollmächtigte Handlungsgehilfe in Beziehung getreten ist, entscheidet, wird durch den Abschnitt 5 Buch I HGB. in Verbindung mit den ergänzenden Bestimmungen des BGB. geregelt.

b. **Gewerbepolizeiliche Bestimmungen.** Aus der Gewerbeordnung kommen für die Angestellten im Handelsgewerbe namentlich in Betracht die Bestimmungen über Gehilfen und Lehrlinge in offenen Verkaufsstellen (GewO. §§ 139c ff., abgedruckt HGB. § 62 Anm. IIc), über Sonntagsruhe (GewO. §§ 105a—105i), und über den Besuch einer Fortbildungs- oder Fachschule durch Personen unter 18 Jahren (GewO. §§ 120, 139i, abgedruckt HGB. § 76 Anm. VI). Die übrigen Bestimmungen des Titels VII GewO. über gewerbliche Arbeiter (Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker) sind nach GewO. § 154 nicht anwendbar auf Handlungsgehilfen und -lehrlinge. Auch das Kinderschutzgesetz 30 III 03 (RGBl. 113) §§ 5, 13 greift ein.

c. **Versicherungsgesetze.** Krankenversicherungspflichtig sind die nicht in Apotheken und nicht im voraus auf weniger als eine Woche angestellten Handlungsgehilfen und -lehrlinge, deren Arbeitsverdienst an Gehalt (einschließlich Gewinnanteil und Naturalbezügen) nicht 6⅔ Mk. für den Arbeitstag oder, sofern der Gehalt nach größeren Zeitabschnitten bemessen, 2000 Mk. für das Jahr gerechnet übersteigt (KrankVG. § 1 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4, § 2b). Invaliditäts- und altersversicherungspflichtig sind die nicht in Apotheken beschäftigten Handlungsgehilfen und -lehrlinge, deren regelmäßiger Jahresarbeitsverdienst an Gehalt (einschließlich Gewinnanteil und Naturalbezügen) 2000 Mk. nicht übersteigt (InvVG. § 1 Nr. 2, § 3). Hört die Versicherungspflicht auf, so kann die Versicherung freiwillig fortgesetzt werden (InvVG. § 14 Abs. 2).

d. **Sondergerichte.** Nicht anwendbar auf Gehilfen und Lehrlinge in Handelsgeschäften ist das Gewerbegerichtsgesetz (GewGG. § 81, RGBl. 01 373). Eine Sondergerichtsbarkeit ist begründet durch das G. betr. Kaufmannsgerichte 6 VII 04 für diejenigen Handlungsgehilfen und -lehrlinge, die nicht in Apotheken angestellt sind und deren Jahresarbeitsverdienst nicht 5000 Mk. übersteigt. Der § 5 KfmGG. lautet:

„Die Kaufmannsgerichte sind ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zuständig für Streitigkeiten der im § 1 Abs. 1 bezeichneten Art, wenn die Streitigkeiten betreffen:

1. den Antritt, die Fortsetzung oder die Auflösung des Dienst- oder Lehrverhältnisses sowie die Aushändigung oder den Inhalt des Zeugnisses;
2. die Leistungen aus dem Dienst- oder Lehrverhältnisse;
3. die Rückgabe von Sicherheiten, Zeugnissen, Legitimationspapieren oder anderen Gegenständen, welche aus Anlaß des Dienst- oder Lehrverhältnisses übergeben worden sind;
4. die Ansprüche auf Schadensersatz oder Zahlung einer Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung der Verpflichtungen, welche die unter Nr. 1—3 bezeichneten Gegenstände betreffen, sowie wegen gesetzwidriger oder unrichtiger Eintragungen in Zeugnisse, Krankenkassenbücher oder Quittungskarten der Invalidenversicherung;
5. die Berechnung und Anrechnung der von den Handlungsgehilfen oder Handlungslehrlingen zu leistenden Krankenversicherungsbeiträge und Eintrittsgelder (§§ 53a, 65 des Krankenversicherungsgesetzes);
6. die Ansprüche aus einer Vereinbarung, durch welche der Handlungsgehilfe oder Handlungslehrling für die Zeit nach Beendigung des Dienst- oder Lehrverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird."

II. **Minderjährige** Handlungsgehilfen und -lehrlinge. Für sie bestimmt § 74 Abs. 3 (§ 76 Abs. 1) die Unzulässigkeit vertraglicher Wettbewerbsverbote. Nach BGB. § 113 sind Minderjährige von mehr als 7 Jahren, die von ihrem gesetzlichen Vertreter ermächtigt sind, in Dienst oder in Arbeit zu treten, unbeschränkt geschäftsfähig für Rechtsgeschäfte, welche die Ein-

gehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen; die für einen einzelnen Fall erteilte Ermächtigung gilt im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Verhältnissen derselben Art. Die Ermächtigung ist jedoch bei einem Mündel nur wirksam, wenn (tunlichst nach dessen Anhörung, BGB. § 1827 Abs. 1) die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfolgt, und es sich handelt um einen für länger als ein Jahr zu schließenden Lehrvertrag oder um die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses, bei welchem der Mündel zu persönlichen Leistungen für länger als ein Jahr verpflichtet werden soll (BGB. § 1822 Nr. 6, 7).

III. **Anwendbarkeit des neuen Rechts auf früher entstandene Dienstverhältnisse.** Das EGBGB. bestimmt:

Art. 170: „Für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden ist, bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend."

Art. 171: „Ein zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehendes ... Dienstverhältnis bestimmt sich, wenn nicht die Kündigung nach dem Inkrafttreten des BGB. für den ersten Termin erfolgt, für den sie nach den bisherigen Gesetzen zulässig ist, von diesem Termin an nach den Vorschriften des BGB."

Die vorstehenden Bestimmungen sind auch für Handelssachen maßgebend (RG. **43** 27, **48** 131, OLG. Kiel 14 II 02 OLGRspr. **6** 1). Hierüber hinaus tritt keine Rückwirkung des neuen Rechts auf bestehende Dienstverhältnisse ein, außer soweit bezüglich der betreffenden Einzelbestimmung aus besonderen Gründen (namentlich wegen ihres polizeilichen Inhalts oder ihrer Sicherung durch Strafandrohung) ein gegenteiliger Wille des Gesetzgebers anzunehmen ist (RG. 42 100). Als rückwirkend ist hiernach z. B. § 62 zu erachten; als nicht rückwirkend § 60 (RG. 11 VII 00 JW. 663[16]), §§ 66, 67 (dagegen OLG. Colmar OLGRspr. **5** 265), § 74 (RG. **43** 26, **48** 132, RG. 30 V 00 JW. 592[11]) und § 75 Abs. 2 (RG. 42 100, **48** 132, RG. 30 V 00 JW. 592[11]), selbst wenn nach Inhalt des Vertrags die einzelne im Vertrag vorgesehene Tätigkeit oder Unterlassung erst nach dem 1. Januar 1900 geleistet werden soll (RG. 30 V 00 JW. 592[11], RG. 48 132) und wenn die Zuwiderhandlung erst nach dem 1. Januar 1900 stattgefunden hat (RG. 27 X 00 JW. 855[10]). Ist der Vertrag vor 1. Januar 1900 geschlossen, so bleibt — außer wenn die Parteien sich schon damals dem neuen Recht unterwerfen wollten — das alte Recht bis zu dem in EGBGB. Art. 171 bestimmten Zeitpunkt selbst dann maßgebend, wenn das Dienstverhältnis erst am 1. Januar 1900 beginnen sollte (vgl. RG. **48** 131).

Nach EGHGB. Art. 1 Abs. 2 trat der sechste Abschnitt des ersten Buches des HGB. mit Ausnahme des § 65 bereits am 1. Januar 1898 in Kraft. Bis zum Inkrafttreten des BGB. und des übrigen Teils des HGB., also für die Zeit bis 1. Januar 1900, konnte nicht bereits das neue bürgerliche Recht und der übrige Teil des HGB. bei Anwendung der Bestimmungen über Handlungsgehilfen benutzt werden (ebenso RG. 18 XI 98 JW. 665[28], 30 V und 27 X 00 JW. 592[11], 855[10], RG. 48 131), außer (RG. **44** 60, RG. 30 V 00 JW. 592[11]; a. M. Düringer-Hachenburg Einl. D II) soweit ausdrücklich darauf verwiesen war, wie auf den neuen Begriff des Handelsgewerbes in § 59 und auf BGB. §§ 842—846 in § 62 Abs. 3. Keine solche Verweisung enthielt die Erwähnung des BGB. in § 75 Abs. 2 (ebenso RG. **44** 61, RG. 16 XI 00 JW. 855[11]).

I. Handlungsgehilfen (§§ 59—75).

§ 59.

Begriff. Dienste. Vergütung.

Wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist (Handlungsgehülfe), hat, soweit nicht besondere Vereinbarungen über die Art und den Umfang seiner Dienstleistungen oder über die ihm zukommende Vergütung getroffen sind, die dem Ortsgebrauch entsprechenden Dienste zu leisten sowie die dem Ortsgebrauch entsprechende Vergütung zu beanspruchen. In Er-

mangelung eines Ortsgebrauchs gelten die den Umständen nach angemessenen Leistungen als vereinbart.

ADH. Art. 57. **Entw. I** § 54. **Entw. II** § 58.

I. Begriff des Handlungsgehilfen.
II. Dienstvertrag.
III. Besondere Arten der Handlungsgehilfen.
IV. Prinzipal.

I. **Begriff des Handlungsgehilfen.** Im ADH. war er nicht bestimmt worden, sondern als bekannt vorausgesetzt; im ADH. umfaßte er die Lehrlinge, jetzt steht der Handlungsgehilfe im Gegensatz zum Handlungslehrling. Der Handlungsgehilfe ist als solcher nicht Kaufmann (§ 1 Anm. IV d 3).

a. **In** einem Handelsgewerbe angestellt. Der Handlungsgehilfe ist Teil des Geschäftskörpers; nach außen verliert er insoweit seine Selbständigkeit (RG. 37 280). Das unterscheidet ihn z. B. vom Handlungsagent. Eine Anstellung in einem Handelsgewerbe ist wohl selbst dann als vorliegend anzunehmen, wenn derjenige, der in eigenem Namen als Arbeitgeber den Anstellungsvertrag schließt, nicht Kaufmann, sondern seinerseits unselbständiger Handlungs- oder Gewerbegehilfe des Geschäftsherrn ist, aber die Tätigkeit im Handelsgewerbe dieses Geschäftsherrn ausgeübt werden soll (vgl. RG. 42 7).

b. **Handelsgewerbe** muß der Betrieb sein, in welchem die Anstellung erfolgt. Also ein unter § 1 fallender eingetragener oder nichteingetragener, oder ein unter §§ 2 oder 3 fallender eingetragener Betrieb; doch greift die Unterstellung des § 5 ein. Ein Antrag, von der durch Aufstellung dieses Merkmals gegebenen Beschränkung abzusehen, wurde in der Kommission abgelehnt (KB. 21). Auf Angestellte von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit finden die Vorschriften des HGB. über Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge entsprechende Anwendung (§ 1 Anm. XI).

c. **Kaufmännische** Dienste. Über die im Betrieb eines Handelsgewerbes Beschäftigten, welche andere als kaufmännische Dienste leisten, bestimmt § 83. Der Begriff der „kaufmännischen Dienste" war von der Rechtsprechung entwickelt worden behufs Schaffung der im ADH. fehlenden ausdrücklichen Abgrenzung der Handlungsgehilfen von sonstigen Angestellten (Gewerbegehilfen, Gesinde usw.). Hierbei wurde das „kaufmännisch" im Sinn des gewöhnlichen Sprachgebrauchs, nicht im Sinn des im ADH. bestimmten Kaufmannsbegriffs verstanden (ROH. 17 309, RG. 1 268). Der in dieser Weise ausgebildete Begriff der „kaufmännischen Dienste" ist nunmehr vom HGB. aufgenommen worden. Man wird daher auch jetzt für die Frage, was kaufmännisch ist, nicht die Begriffsbestimmung des Kaufmanns in § 1 zu Hilfe nehmen dürfen. Vielmehr ist nur auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch, die Verkehrsauffassung (D. 55, KG. 11 X 04 OLGRspr. 10 150) Rücksicht zu nehmen. Es kommt mithin auf die Umstände des einzelnen Falles an, ob man die geleisteten Dienste als kaufmännische zu bezeichnen hat (ROH. 17 312). Unerheblich ist, ob die Dienste in reiner Handarbeit bestehen, oder ob der Gehilfe zum Abschluß von Rechtsgeschäften für den Unternehmer ermächtigt ist (ZHR. 42 513). Als kaufmännisch ist namentlich anzusehen die Tätigkeit bei Ankauf und Veräußerung der Waren und den übrigen den Warenumsatz betreffenden Geschäften, einschließlich der Kontorgeschäfte (ROH. 10 299, 14 115) und der Beaufsichtigung des Lagers (OLG. Hamburg 8 VII 95 ZHR. 46 486). Nicht nötig ist, daß die Dienstleistung den Abschluß von Rechtsgeschäften umfaßt (OLG. Braunschweig 20 II 03 OLGRspr. 6 349). Zu den Handlungsgehilfen sind daher namentlich zu rechnen der Buchhalter, Kassierer, Kommis, Korrespondent, Handlungsreisende (wenn er nicht Handlungsagent ist, § 84 Anm. II b), Verkäufer im offenen Laden (vgl. P. 95), die Expedientin (BerlHandelsgebr. 2 77). Es sind ferner hierzu gerechnet worden: der Verwalter einer Fabrik (ROH. 14 114), der auch für die Herbeischaffung des Rohstoffs verantwortliche fachmännische Leiter einer Fabrik (ROH. 18 25, RG. 38 118), der Leiter eines Hotels (Bolze 16 Nr. 238), der Geschäftsführer eines Restaurants (Bolze 16 Nr. 375, KG. 1 XI 99 KGBl. 00 21, 5 V 00 OLGRspr. 1 72), der Vorsteher eines Zweiggeschäfts (RG. 17 I 02 JW. 173 [38]), der Bernsteinsortierer (ROH. 17 312), der kaufmännische (im Gegensatz zum literarischen)

Gehilfen des Verlegers (KG. in ZHR. 42 513), ein als „Arbeitsmann" bezeichneter Gehilfe, dem die Aufsicht über den Speicher, die Ablieferung der dort gelagerten Ware an die Empfänger und die Buchführung hierüber anvertraut war (ROH. 18 232), eine Angestellte, welche die mit Preisauszeichnung versehenen Etiketten an die Waren zu nähen hat (KG. 21 VIII 02 KGBl. 118, BerlHandelsgebr. 2 77), ein Anweiser auf dem Steinplatz eines Steinhändlers (KG. 25 IX 01 OLGRspr. 3 329), der Versicherungsinspektor einer Prämienversicherungsgesellschaft (OLG. Colmar 13 V 04 OLGRspr. 9 248). Leistet dieselbe Person zum Teil kaufmännische, zum Teil andere Dienste, so ist entscheidend für die Beurteilung ihres Dienstverhältnisses ihre hauptsächliche Beschäftigung (KB. 47). Sind mit den wesentlich kaufmännischen Dienstleistungen nebenbei fachmännische Arbeiten, z. B. behufs der Erhaltung leicht verderblicher Waren, verbunden, so verliert hierdurch der Angestellte nicht die Eigenschaft als Handlungsgehilfe (D. 55); so z. B. die Direktrice in einem Putzmacherladen (OLG. Braunschweig 20 II 03 OLGRspr. 6 348). Sind andererseits die technischen Arbeiten des Angestellten überwiegend, so ist dieser nicht Handlungsgehilfe; so z. B. der nicht gleichzeitig mit Anschaffung des Rohstoffs, sondern höchstens mit Anschaffung untergeordneter Arbeitsmittel betraute fachmännische Leiter einer Fabrik (vgl. RG. 38 115). Aus gleichem Grund ist der angestellte Schiffsführer nicht zu den Handlungsgehilfen zu rechnen (§ 83 Anm. III), und zwar sowohl bei Stromschiffen (ebenso Horrwitz² § 7; dagegen Str. 70 133) wie auch bei Seeschiffen (dagegen Horrwitz² § 7). Streitig ist, ob ein mit Herstellung von Arzneien und Verkauf nach fester Taxe beschäftigter Apothekergehilfe (Provisor) Handlungsgehilfe ist; dies wird zu bejahen sein (ebenso Str. 61 95, Horrwitz² § 7, Lehmann Nr. 5, Goldmann Anm. 1, InvVG. § 1 Nr. 2, vgl. KrankVG. § 1 Abs. 1; dagegen Staub Anm. 13, Düringer-Hachenburg Anm. II 2, KfmGG. § 4, LG. Frankfurt a/O. 22 IV 04 KGBl. 85, KG. 11 X 04 OLGRspr. 10 149; vgl. GewO. § 154), da der Umstand, daß der Verkauf nach fester Taxe erfolgt, nicht die Eigenschaft als Handlungsgehilfe ausschließt (z. B. bei den Angestellten der Warenhäuser mit festen Preisen), und da die Tätigkeit der Apothekergehilfen im wesentlichen die gleiche ist wie die des Apothekeninhabers, das Gewerbe des letzteren aber (§ 1 Anm. IIa 1, IVe) als Handelsgewerbe zu erachten ist. — Nicht jeder vorwiegend im Geschäftsraum beschäftigte Angestellte ist Handlungsgehilfe; so nicht der Packer, nicht wer bei Absendung der Waren unselbständig Hilfsdienste verrichtet (LG. I Berlin 17 I 99 KGBl. 39). — Welche Arten von Angestellten eines Kaufmanns nicht Handlungsgehilfen sind, vgl. § 83 Anm. I—V.

d. **Kaufmännische Dienste.** Nicht hierunter fällt die Tätigkeit der gesetzlichen Vertreter des Gewerbetreibenden, selbst wenn jene Vertreter für Übernahme der Vertretung ein Entgelt erhalten; sie sind nicht Gehilfen neben dem Unternehmer, sondern Vertreter an Stelle des Unternehmers. Nicht Handlungsgehilfe ist daher z. B. der Vorsteher einer AG. (ROH. 13 181, 21 375) oder der Geschäftsführer einer GmbH. (OLG. Hamburg 29 X 03 OLGRspr. 8 260); die Vorschriften über Handlungsgehilfen sind auf sie auch nicht einmal entsprechend anwendbar (RG. 7 77); vielmehr kommen die allgemeinen Bestimmungen des BGB. mit den Maßgaben in §§ 231 ff. HGB. zur Anwendung (§ 231 Anm. IIb). Das ROH. 19 59 läßt dahingestellt, ob nicht unter Umständen die Eigenschaften als Vorsteher und als Handlungsgehilfe in derselben Person selbständig nebeneinander bestehen können.

e. **Gegen Entgelt.** Nicht Handlungsgehilfe ist daher der Volontär. Für sein Verhältnis zum Geschäftsherrn sind die Regeln über den Auftrag maßgebend. Nicht Handlungsgehilfe, sondern unter Umständen Handlungsbevollmächtigter, ist auch die Ehefrau des Geschäftsherrn, die ihn während seiner kurzen Abwesenheit unentgeltlich vertritt (dagegen RG. 51 23).

f. **Angestellt.** Handlungsgehilfe ist nur, wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste angestellt ist, sei es nun auf längere (unbestimmte oder bestimmte) Zeit, oder nur zu vorübergehender Aushilfe (§ 69); nicht Handlungsgehilfe ist jedoch wer (sei er zu anderen Diensten angestellt, wie das Dienstmädchen, welches nebenher im Laden hilft, oder gar nicht angestellt, sondern nur freiwillig, wenn auch gegen Entgelt, mitwirkend, wie mitunter Familienangehörige) nur gelegentlich in dem Betrieb eines Handelsgewerbes beschäftigt wird (KB. 47). In dem Begriff der „Anstellung" liegt ein Hinweis auf die Ab-

sicht zur Begründung eines festen, auf die Dienstleistung gerichteten Vertragsverhältnisses. Daß dies Dienstverhältnis ein für längere Zeit bestehendes, ein dauerndes sei (so RG. 37 226 mit Bezug auf die „Anstellung" von Gemeindebeamten), ist nicht unbedingt erforderlich (vgl. § 69).

II. **Dienstvertrag.**

a. **Anstellungsvertrag ist Handelsgeschäft.** Verträge eines Kaufmanns über Anstellung von Handlungsgehilfen oder Lehrlingen oder der im § 83 erwähnten Hilfspersonen sind Handelsgeschäfte (§ 343 Anm. III 9). So für Handlungsgehilfen: Str. **63** 365, **66** 238, **74** 206, ROH. **11** 57 gegen Str. **63** 1; für einen selbständigen Kaufmann als Kassierer im Nebenamt (in diesem Fall beiderseitiges Handelsgeschäft): ROH. **6** 197; für Handlungslehrlinge: Str. **70** 264, ROH. **14** 19; für Techniker: Str. **63** 365, ROH. **11** 388, RG. **38** 117.

b. **Verpflichtung zur Dienstleistung.** Auf Dienstleistung kann geklagt werden (AG. I Berlin 3 VI 04 KGBl. 64); doch ist eine Vollstreckung nur durch Ermächtigung des Gläubigers, die Handlung auf Kosten des Schuldners durch einen anderen vornehmen zu lassen (CPO. § 887), zulässig, nicht auch durch Auferlegung von Geldstrafen oder Haft (CPO. § 888 Abs. 2). Für die Art und den Umfang der Dienstleistung ist mangels genauerer Vereinbarung die für derartige Angestellte bestehende Verkehrssitte, der Ortsgebrauch (§ 59), maßgebend. Namentlich auch für die Frage, inwieweit der für eine Sondertätigkeit Angestellte aushilfsweise auch andersartige kaufmännische Tätigkeit auszuüben. (bezüglich des Handlungsreisenden vgl. unten Anm. IIIa 3), oder inwieweit in kleineren Betrieben der Handlungsgehilfe nebenher auch nichtkaufmännische Tätigkeiten zu bewirken verpflichtet ist. So gehört es in kleineren Betrieben, in denen kein Kassenbote vorhanden ist, in der Regel zu den Dienstverpflichtungen eines kaufmännischen Angestellten, auf Verlangen des Geschäftsherrn größere Geldbeträge zur Bank zu bringen (vgl. Gutachten der Handelskammer Berlin KGBl. **04** 105). Ein Einrichter in einem Konfektionsgeschäft kann bei Mangel an genügender Beschäftigung auch zum Beschreiben von Etiketts herangezogen werden (BerlHandelsgebr. 80). In kleineren Eisenwaren-Detailgeschäften liegt den kaufmännischen Angestellten die Reinigung der zum Verkauf stehenden Waren von Fliegenschmutz ob (BerlHandelsgebr. 80). Im Zweifel braucht der Angestellte nur für dasjenige Geschäft, für das er angestellt ist, Dienste zu leisten; der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar (BGB. § 613). Wer als Maschinenschreiber in einem Geschäftsbetrieb sich anstellen läßt, in dem, wie ihm bekannt, die Maschinen mit Maschinenschreibern vermietet werden, übernimmt stillschweigend die Verpflichtung, auch bei dem Mieter Maschine zu schreiben. Dagegen braucht, wer, bevor Maschinenvermietung in dem betreffenden Geschäft eingeführt wurde, dort angestellt war, nicht außerhalb zu arbeiten, falls dies nicht bedungen worden ist (LG. I Berlin 14 VI 00 KGBl. 20). Über Geschäftsveräußerung vgl. § 22 Anm. IIIh. — Über die Verpflichtung zur Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen vgl. § 74 Anm. Id.

c. **Vergütung.** Die Vergütung kann in verschiedenen Formen gewährt werden. Meist besteht sie in einem festen Gehalt; zu letzterem tritt mitunter ein Gewinnanteil, mitunter (§ 65) eine Provision von den einzelnen Geschäften, bei deren Abschluß oder Ausführung der Gehilfe in bestimmter Weise beteiligt war. Auch kann der Entgelt nur in einer Provision (§ 65) oder nur in einem Gewinnanteil (RG. 9 XII 02 JW. Beil. **03** 17[34]; vgl. unten Anm. IIIb) bestehen. Der Handlungsgehilfe kann sogar Bürgschaft (§ 394 Anm. II a 1) bezüglich der durch ihn abgeschlossenen Geschäfte (Delkredere) übernehmen; doch ist diese Gestaltung bei Handlungsgehilfen selten. Der Ortsgebrauch, d. h. die tatsächliche Übung an dem betreffenden Ort (KB. 21), entscheidet in Ermangelung einer Vereinbarung nicht bloß über die Höhe des Gehalts, sondern auch über die Zeitdauer, für welche der Anspruch als begründet zu erachten ist (Str. **70** 134). Eine Vereinbarung, inhalts deren der Geschäftsherr unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich von diesem Dienstleistungen versprechen läßt, deren Wert den Umständen nach ein auffällig zu hoher ist im Verhältnis zur vereinbarten Vergütung, ist nichtig nach BGB. § 138, und ein solcher Geschäftsherr ist wegen Wuchers strafbar (Horrwitz § 15). Tatfrage ist, ob eine Ver-

einbarung unsittlich, inhalts deren ein Teil der Vergütung (z. B. Gewinnanteil oder Provision) nicht zu zahlen ist, falls der Angestellte sich bei deren Fälligkeit nicht mehr im ungekündigten Dienst des Geschäftsherrn befindet; sie ist nicht unsittlich, wenn der an diese Bedingung gebundene Teil der Vergütung ein im Verhältnis zu dem unbedingt zugesagten Teil nur geringer ist (RG. 58 363). Ob ein Anspruch des Gehilfen auf ein Weihnachtsgeschenk besteht, entscheidet sich, falls nichts vereinbart ist, nach Verkehrssitte. Ist ein Weihnachtsgeschenk vereinbart, wenngleich seine Höhe nicht festgesetzt, so besteht ein klagbarer Anspruch auf ein Weihnachtsgeschenk in ortsüblicher Höhe; ein solches Weihnachtsgeschenk ist Teil der vertragsmäßigen Vergütung (Näheres bei Horrwitz § 15). — Aufrechnung gegen den Vergütungsanspruch ist insoweit unzulässig, wie letzterer nach dem Lohnbeschlagnahmegesetz unpfändbar ist (BGB. § 394), und zwar selbst wenn der Gegenanspruch des Geschäftsherrn auf einer unerlaubten Handlung des Angestellten beruht (RG. 55 1, Horrwitz § 18 IV). In gleicher Höhe wird auch ein Zurückbehaltungsrecht des Geschäftsherrn an seiner Vergütungsschuld zu verneinen sein (BGB. § 273 „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergibt"), da sonst das Aufrechnungsverbot fast wirkungslos wäre (Horrwitz § 18 IV, Goldmann Anm. 3 B IV 4; dagegen Staub Anm. 34).

d. **Zurückbehaltungsrecht** des Angestellten. Der Handlungsgehilfe hat an den Gegenständen des Geschäftsherrn (ebenso der Reisende an den Mustern, Kundenbüchern usw.) kein Zurückbehaltungsrecht auf Grund des § 1000 BGB. (BGB. § 855, D. 56, Goldmann Anm. 3 B II; dagegen Staub Anm. 32). Auch nicht auf Grund des § 369 HGB., denn der Handlungsgehilfe ist als solcher nicht Kaufmann (§ 1 Anm. IV d 3), und das von ihm für den Geschäftsherrn abgeschlossene Geschäft ist daher für den Gehilfen kein Handelsgeschäft (HGB. § 343, ROH. 16 82). Dagegen hat er ein Zurückbehaltungsrecht aus BGB. § 273. So z. B. nach Auflösung des Dienstvertrages ein Zurückhaltungsrecht aus BGB. § 273 Abs. 2, z. B. ein Zurückbehaltungsrecht an Mustern wegen des Anspruchs auf Ersatz des für sie hinterlegten Zollbetrages (OLG. Colmar 24 III 03 OLGRspr. 6 351), und auch während bestehenden Dienstvertrages ein Zurückbehaltungsrecht sowohl aus BGB. § 273 Abs. 1 (ebenso Horrwitz § 17, Düringer-Hachenburg Anm. IV 5, Lehmann Nr. 16, Goldmann Anm. 3 B II; dagegen OLG. Colmar 24 III 03 OLGRspr. 6 350, Staub Anm. 32, weil aus dem durch den Dienstvertrag begründeten Abhängigkeitsverhältnis sich „ein Anderes" ergebe), wie auch aus BGB. § 273 Abs. 2 (ebenso Staub Anm. 32). Endlich hat er auch das Zurückbehaltungsrecht aus BGB. § 320 (Düringer-Hachenburg Anm. IV 5); hierbei ist zu beachten, daß zwar das Zurückbehaltungsrecht aus BGB. § 273, aber nicht dasjenige aus BGB. § 320 abwendbar durch Sicherheitsleistung ist (BGB. § 320 Abs. 1 Satz 3). Die Verpflichtung des Handlungsgehilfen zur Herausgabe empfangener Gegenstände nach Auflösung des Dienstverhältnisses ist nicht die dem Gehilfen obliegende Leistung aus dem gegenseitigen Vertrag, sondern eine Schuld aus ungerechtfertigter Bereicherung (BGB. § 812 Abs. 1 Satz 2); bezüglich dieser Verpflichtung kann daher ein Zurückbehaltungsrecht nicht nach BGB. § 320, sondern nur nach BGB. § 273 ausgeübt werden.

e. **Anspruch auf Annahme der Dienste.** In der Regel besteht kein solcher Anspruch (Bolze 11 Nr. 338), die Annahme der Dienste ist ein Recht, keine Pflicht des Geschäftsherrn. Indessen kann ausnahmsweise eine Verpflichtung zur Annahme der Dienste begründet sein, nämlich dann, wenn eine dahin gehende Vereinbarung getroffen ist (RG. 9 XII 02 JW. Beil. 03 17[34]).

f. **Dienstanweisung.** Die im Dienstvertrag enthaltene Dienstanweisung verpflichtet den Angestellten, seine Tätigkeit nach Maßgabe dieser Anweisung zu verrichten; Auslegungsfrage ist, ob der Geschäftsherr die Dienstanweisung einseitig soll ändern dürfen, oder ob dem Angestellten auch ein Recht darauf zusteht, daß es bei der ursprünglichen Anweisung verbleibe (RG. 24 X 02 JW. 609[17]).

g. **Annahme von Sondervorteilen seitens des Handlungsgehilfen gelegentlich Ausführung des aufgetragenen Geschäfts.** Hierin liegt ein Geschäftemachen für eigene Rechnung (§ 60 Anm. I a 2), so daß die Vorschriften der §§ 60, 61 Anwendung finden. In der Regel wird in der Annahme solcher Sondervorteile ohne Mitteilung an den Geschäftsherrn Untreue oder Vertrauensmißbrauch im Verhältnis des Handlungsgehilfen zum Geschäftsherrn liegen und

auch aus diesem Grund der Geschäftsherr zu fristloser Kündigung berechtigt sein (§ 72 Anm. I a, b). Selbst wenn §§ 60, 61 nicht anwendbar sein sollten, folgt die Verpflichtung des Handlungsgehilfen zur Herausgabe des Sondervorteils aus BGB. §§ 675, 667.

h. **Fortdauer des Dienstvertrages bei Wechsel des Geschäftsherrn** s. § 22 Anm. III h.

i. **Tod des Dienstverpflichteten** beendet im Zweifel den Dienstvertrag (BGB. §§ 613, 675, 673). Eine gegenteilige Abrede ist indessen wirksam (RG. 9 XII 02 JW. Beil. 03 17 [24]).

III. **Besondere Arten der Handlungsgehilfen.**

a. **Handlungsreisender.**

1. Allgemeines. Über die Stellung der Handlungsreisenden nach außen, den Umfang ihrer Vollmacht, bestimmt § 55. Ihre Stellung nach innen ist nicht besonders geregelt. In der Regel werden sie Handlungsgehilfen sein; es kommen jedoch auch andere Verhältnisse vor; häufig sind sie Handlungsagenten (§ 87). Über die Merkmale für die Unterscheidung zwischen reisenden Handlungsgehilfen und reisenden Agenten vgl. 84 Anm. II b.

2. Bestimmung, wie zu reisen. Soweit vertraglich nicht Einzelbestimmungen über die auszuübende Reisetätigkeit getroffen sind, hat der Geschäftsherr nach billigem Ermessen zu entscheiden (BGB. § 315). Dies billige Ermessen ist unter Berücksichtigung der Inaussichtstellung von Einnahmen auszuüben, die in der Anstellung des Handlungsgehilfen als Reisender liegt (OLG. Dresden 3 IV 03 OLGRspr. 7 149). Im Zweifel kann der Reisende verlangen, daß er zu allen in dem betreffenden Geschäft üblichen Reisen herangezogen wird (KG. 2 II 01 OLGRspr. 2 311).

3. Beschäftigung mit Kontorarbeiten. Die Gebräuche an den einzelnen Handelsplätzen sind verschieden hinsichtlich der Frage, ob ein als Handlungsreisender angestellter Handlungsgehilfe im Zweifel nur zur Leistung solcher Dienste verbunden ist, die seine Reisen betreffen, oder ob er in der Zeit zwischen seinen Reisen auch Kontordienste zu verrichten hat (D. 55). Im Entw. I § 54 Abs. 2 war eine Vermutung für die erstere Vertragsabsicht aufgestellt. Für die letztere Vertragsabsicht, mindestens dann, wenn der Reisende neben Reisespesen festes Gehalt bezieht, KG. 29 X 98 KGBl. 99 6, Berl. Handelsgebr. 2 61, H. Makower, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines HGB. S. 14. Vgl. auch KB. 22 und die Zusammenstellung von Gutachten bei Horrwitz § 12 S. 44f. Es wird davon auszugehen sein, daß im Zweifel ein für eine Sondertätigkeit Angestellter nur mit dieser Sondertätigkeit und den hiermit unmittelbar zusammenhängenden sonstigen Arbeiten beschäftigt werden darf. Ein vorwiegend als Reisender angestellter Handlungsgehilfe kann verlangen, daß er, wenn nicht besondere Gründe vorliegen (wie etwa seine erwiesene Unfähigkeit), nur vorübergehend und aushilfsweise, nicht beliebig lange, mit Kontor- oder Bureauarbeiten beschäftigt wird (RG. 15 II 99 JW. 230 [23]). Zu den mit der Reisetätigkeit zusammenhängenden und daher im Zweifel auch dem Reisenden obliegenden Kontorarbeiten gehört die Zusammenstellung der Mustersammlung, des Preisverzeichnisses, der Schreibverkehr mit der Reisekundschaft (Horrwitz § 12) und die Kenntnisnahme von der jeweiligen Marktlage.

4. Reisespesen. Ob die Reisespesen nur eine in Bausch und Bogen berechnete Entschädigung für Auslagen sind, oder ob in ihnen zugleich ein Teil der Gegenleistung oder die ganze Gegenleistung für die bedungenen Dienste steckt, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden. Ändert der Reisende eigenmächtig den vereinbarten Reiseweg, so wird der Geschäftsherr in der Regel dann nicht von der Pflicht zur Zahlung der künftigen Reisespesen befreit, wenn er trotz Kenntnis des Umstandes stillschweigt (Bolze 16 Nr. 354). Wird ein Reisender in ungebührlicher Weise vom Reisen ferngehalten, so hat er einen Anspruch auf Ersatz des Gewinnes, den er aus den ihm zugesicherten Reisegeldern hätte erzielen können (RG. 15 II 99 JW. 230 [23], OLG. Dresden 29 I 01 OLGRspr. 3 79), und auf Ersatz desjenigen Betrages, den er nunmehr für seinen Unterhalt aufwenden muß, während anderenfalls dieser Unterhalt aus den Reisespesen bestritten worden wäre (OLG. Dresden 30 IV 96 ZHR. 46 485, OLG. Darmstadt 3 IV 03 OLGRspr. 6 464, OLG. Celle 9 II 03 OLGRspr. 6 465, OLG. Dresden 3 IV 03 OLGRspr. 7 149). Ist über die Höhe der vom

Reisenden aufzuwendenden Spesen nichts bedungen, so hat grundsätzlich der Reisende die wirkliche Verausgabung und die Notwendigkeit der Verausgabung nachzuweisen. Soweit indessen ein solcher Beweis nach den bestehenden Verkehrsverhältnissen nur mit besonderen Schwierigkeiten erbracht werden könnte, ist als stillschweigend bedungen zu erachten, daß der Reisende nur die Angemessenheit des aufgewendeten Betrages darzutun hat, und insoweit kann eine ins einzelne gehende Rechnungslegung nicht gefordert werden (Bolze 11 Nr. 332). Ist bedungen, daß der Reisende „Vertrauensspesen" (§ 346 Anm. III b) beziehen soll, so braucht der Reisende nicht im einzelnen Rechnung zu legen, sondern nur die Angemessenheit darzutun (ROH. 19 11, OLG. Dresden 18 I 87 ZHR. 34 571), während der Geschäftsherr zum Gegenbeweis zuzulassen ist, daß der Reisende tatsächlich nur einen geringeren Betrag ausgegeben habe (vgl. ROH. 19 11). Sind Vertrauensspesen bis zu einem bestimmten Höchstbetrag bewilligt, so muß der Reisende, wenn er mehr als den Höchstbetrag fordern will, beweisen, daß der Höchstbetrag nicht ausreichend war (Berl. Handelsgebr. 2 55).

5. Pflicht zur Erteilung der erforderlichen Nachrichten. Der reisende Handlungsgehilfe ist verpflichtet, dem Geschäftsherrn unaufgefordert (§ 384 Anm. IV c) die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des ihm aufgetragenen Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen (BGB. §§ 675, 666). Zu den erforderlichen Nachrichten gehört namentlich unverzügliche Anzeige von jedem Geschäftsabschluß (vgl. § 84 Abs. 2). Er haftet dem Geschäftsherrn für den Schaden, den er ihm durch schuldhaft verzögerte, unvollständige oder unrichtige Mitteilungen über die von ihm mit Dritten abgeschlossenen Geschäfte gemacht hat (BGB. § 276; vgl. ROH. 11 93).

b. Gewinnbeteiligter Handlungsgehilfe (Tantiemeberechtigter, commis intéressé). Die nachstehenden Regeln gelten nicht nur, wenn eine Beteiligung am Gewinn des ganzen Unternehmens, sondern entsprechend auch, wenn eine Beteiligung nur am Gewinn eines einzelnen Zweiges des Unternehmens vereinbart ist.

1. Ist eine solche Gestaltung Dienstvertrag oder Gesellschaft? Nach ROH. 17 276 ist ein solches Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Handlungsgehilfen, soweit die Beteiligung des letzteren am Gewinn in Frage kommt, nach den Grundsätzen der gemeinbürgerlichen Gesellschaft zu beurteilen. Dies ist jedoch nicht als zutreffend anzuerkennen (dahingestellt RG. 20 166, RG. 24 XI 99 JW. 00 18[27]), denn bei der Gesellschaft ist von dem Grundsatz der Gleichstellung der Beteiligten auszugehen, während hier ein Verhältnis des Vorgesetzten zum Untergebenen besteht, wobei nur die Form des Entgelts eigenartig bestimmt ist. Der Gewinn gehört hier nicht beiden gemeinsam, sondern — wie allerdings auch bei der stillen Gesellschaft — nur dem Geschäftsherrn, und der Gehilfe hat nur ein nach Bruchteilen jenes Gewinns bestimmtes Forderungsrecht an den Geschäftsherrn. Nicht jede Gewinnbeteiligung aber ist eine gesellschaftliche (§ 336 Anm. III c).

2. Bindung des Gehilfen an die Geschäftsleitung durch den Geschäftsherrn. Der mit Gewinnanteil angestellte Handlungsgehilfe erhält hierdurch keinen Einfluß auf die Leitung des Geschäfts. Der Unternehmer leitet den Geschäftsbetrieb und ist dem Handlungsgehilfen in dieser Beziehung keinerlei Rechenschaft schuldig. Der Handlungsgehilfe kann nicht geltend machen, daß durch unrichtige Leitung der zu erzielende Gewinn verringert sei. Er hat nur ein Recht auf einen Teil desjenigen, was sich tatsächlich als Geschäftsgewinn herausstellt (ROH. 1 194, 17 276). So z. B. wenn der Geschäftsherr einen Vergleich über streitige Forderungen schließt (Bolze 23 Nr. 434) oder Aufwendungen für Neueinrichtung einer zweiten Verkaufsstätte macht (OLG. Hamburg 17 II 05 OLGRspr. 10 248). Anders nur bei Arglist des Geschäftsherrn.

3. Berechnung des Gewinnanteils. Der in einem Rechnungsabschnitt erzielte Gewinnanteil verbleibt dem Handlungsgehilfen trotz eintretender Verluste in folgenden Rechnungsabschnitten (ROH. 6 28). Als Geschäftsunkosten können ihm gegenüber nicht angerechnet werden die Beträge, die ein Inhaber einem anderen Inhaber oder einer anderen am Gewinn beteiligten Person behufs deren Abfindung zahlt (Bolze 19 Nr. 33). Der Handlungs-

gehilfe kann die zu hohe oder zu niedrige Abschätzung von Aktiv- und Passivposten nur dann bemängeln, wenn Arglist, offenbare Unbilligkeit oder schrankenlose Willkür in der Wertansetzung vorliegt, nicht schon dann, wenn die Wertansetzung zwar unrichtig, aber in diesem Geschäft üblich ist (OLG. Hamburg 2 II 01 OLGRspr. 2 248, KG. 23 IV 02 KGBl. 03 7, **Neukamp** in ZHR. 48 481 Anm.). Der Geschäftsherr (z. B. eine Aktiengesellschaft) ist an die von ihm aufgestellte Bilanz auch für das Verhältnis zum Handlungsgehilfen gebunden, so lange er jene Bilanz nicht **überhaupt** berichtigt (RG. 11 163); anders nur, wenn Gegenteiliges vereinbart ist (vgl. z. B. § 40 Anm. IIe). Endet das Dienstverhältnis im Lauf des Geschäftsjahrs, so kann der Gehilfe in der **Regel** nach Abschluß der nächsten Bilanz seinen Gewinnanteil für die Dienstzeit anteilig fordern (OLG. Köln 6 III 95 ZHR. 46 486); die Vertragsabsicht kann jedoch auch eine andere sein (ROH. 19 122).

4. **Umfang seines Nachprüfungsrechts.** Der gewinnbeteiligte Handlungsgehilfe hat in dem für Nachprüfung der Richtigkeit der Gewinnberechnung erforderlichen Umfang (RG. 5 V 94 JW. 317 [18]) ein Recht auf Einsicht der vom Geschäftsherrn auf eigene Kosten fertigzustellenden Bilanz und auf deren Prüfung hinsichtlich ihrer Übereinstimmung mit den Büchern und Papieren (KG. 24 XI 00 OLGRspr. 2 94). Nicht aber auf Entnahme von Notizen, außer soweit dies bei vorgefundenen Unordnungen oder wegen des besonders großen Geschäftsumfangs notwendig für jene Prüfung sein sollte (ROH. 1 195). Ebensowenig auf Vorlegung der Belege für die einzelnen Ansätze (ROH. 18 2) oder Vorlegung der Bücher zum Zweck **eigener** Anfertigung einer Bilanz (ROH. 17 276). Er hat aber das Recht auf Auskunftserteilung über die aus dem Vorgelegten nicht ersichtlichen, aber erheblichen Tatsachen (ROH. 18 2); so z. B. das Recht auf Rechnungsablegung bezüglich der unbefugt durch die Hauptniederlassung im Bezirk der Zweigniederlassung, an deren Betrieb allein er gewinnanteilberechtigt ist, abgeschlossenen Geschäfte (vgl. RG. 42 379). Der Gehilfe darf sein Recht auf Einsicht der Bücher nicht durch einen beliebigen Dritten ausüben (OLG. Posen 7 XII 03 OLGRspr. 8 95); bezüglich Zuziehung eines Sachverständigen gilt hier dasselbe wie bei dem Einsichtsrecht des offenen Gesellschafters (hierüber § 118 Anm. IIc 3).

c. **Provisionsberechtigter** Handlungsgehilfe. Vgl. § 65.

IV. **Prinzipal.** Dies Wort ist auf den im Verhältnis zum Handlungsgehilfen oder -lehrling Dienstberechtigten zu beziehen, sei er Eigentümer oder Fremdbesitzer des Handelsgeschäfts, natürliche oder juristische Person. Dies ergibt sich z. B. aus § 60 („Handelszweig des Prinzipals“), § 61 („für Rechnung des Prinzipals“), § 66 („Dienstverhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen“), § 68 („falls nach Vertrag der Prinzipal Kosten der Rückreise zu tragen hat“), § 71 Nr. 2 („wenn Prinzipal den Gehalt nicht gewährt“). Abzulehnen ist daher die Ansicht Düringer-Hachenburgs Anm. I, daß Prinzipal sei, wer kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrags einzel- oder gesamtvertretungsermächtigt sei, also z. B. die Vorstandsmitglieder der AG. Zuzugeben ist allerdings, daß einzelne Bestimmungen dieses Abschnitts, in denen der Prinzipal oder die diesem obliegenden Verpflichtungen erwähnt sind, im Fall des Vorhandenseins gesetzlicher Vertreter (z. B. Gesellschafter der oHG., Vorstandsmitglied der AG., Vormund) auf diese Personen entsprechend angewendet werden müssen, so z. B. § 71 Nr. 4, § 82.

§ 60.

Verbot eigenen Handels.

Der Handlungsgehülfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.

Die Einwilligung zum Betrieb eines Handelsgewerbes gilt als ertheilt, wenn dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehülfen bekannt ist, daß er das Gewerbe betreibt, und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebs nicht ausdrücklich vereinbart.

ADH. Art. 59, 56 Abs. 1, 2. **Entw. I** § 55. **Entw. II** § 59.

I. **Verbot.**

a. **Inhalt** des Verbots. Das Verbot des Betriebes eines Handelsgewerbes gilt ohne Beschränkung auf den Handelszweig des Geschäftsherrn. Einzelne Geschäfte (die in der Regel nicht Handelsgeschäfte im Sinn des § 343 sein werden) fallen (im Gegensatz zu dem früheren Art. 50 ADH.) nur mit jener Beschränkung unter §§ 60, 61.

1. Betreiben eines Handelsgewerbes. Unter „betreiben", „Betrieb" ist im § 60 nicht nur, wie in § 1 (§ 1 Anm. IV d 1), ein Handeln in eigenem Namen, sondern, wie in § 54, außerdem ein Handeln in fremdem Namen mitbegriffen (Hartmann in Holdheims MSchr. 05 44). Ein Betreiben eines Handelsgewerbes — sei es in eigenem oder fremdem Namen (§ 1 Anm. IV d 3) — liegt auch in einer Teilnahme als Gesellschafter einer oHG. oder KG., ein (gleichfalls verbotenes) Betreiben in fremdem Namen in einem Tätigwerden als Vorstandsmitglied einer AG., Geschäftsführer einer GmbH., persönlich haftender Gesellschafter einer KAG. (vgl. jedoch § 236 Abs. 1). — Nicht verboten ist das Betreiben eines Gewerbes, das nicht Handelsgewerbe ist.

2. Geschäftmachen. Das Verbot bezieht sich auf ein Abschließen oder Betreiben sowohl in eigenem wie fremdem Namen. Auch auf ein unter erdichtetem Namen mit dem eigenen Geschäftsherrn abgeschlossenes Geschäft (RG. 45 32). Auch auf ein, wenngleich erfolgloses, Auftreten als Vermittlungsagent (KG. 2 V 00 OLGRspr. 1 229). Nicht auf Geschäfte zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse (§ 112 Anm. I c). „Handelszweig" darf nicht zu eng gefaßt werden, falls das Verbot wirkungsvoll bleiben soll; hierunter sind daher nicht nur Geschäfte genau der Art, wie der Geschäftsherr sie abzuschließen pflegt, sondern auch Geschäfte ähnlicher Art zu verstehen, wie sie in gleichartigen Betrieben abgeschlossen zu werden pflegen, z. B. auch Geschäfte für eigene Rechnung in denselben Waren, mit denen der Geschäftsherr nur als Kommissionär handelt, oder ein Maklervertrag in denselben Waren, in denen der Geschäftsherr Eigenhandel treibt. Daher liegt auch im Annehmen von Sondervorteilen (§ 59 Anm. II g) gelegentlich Ausführung des vom Geschäftsherrn aufgetragenen Geschäfts ein Geschäftmachen für eigene Rechnung im Handelszweig des Geschäftsherrn (ebenso Hahn Art. 56 Anm. 9; dagegen RG. 8 49). Maßgebend für die Abgrenzung des Handelszweiges ist, ob eine auch nur entfernte Möglichkeit besteht, daß der Handlungsgehilfe durch seinen Eigenhandel in Wettbewerb zum Geschäftsherrn tritt: in erster Reihe wird daher die Warengattung, die Gegenstand des Handels ist, die Abgrenzung bilden. Aber auch innerhalb dieser Warengattung können verschiedene Handelszweige bestehen; handelt z. B. der Geschäftsherr ausschließlich im Großen, so fällt ein vom Handlungsgehilfen in engen Grenzen betriebener Kleinhandel nicht unter das Verbot des § 60 (Staub Anm. 8; dagegen Goldmann Anm. 1). Handelszweig des Geschäftsherrn ist der jeweils von ihm betriebene, auch wenn erst nach Anstellung des Gehilfen der Betrieb hierauf ausgedehnt wurde (Staub Anm. 8; dagegen Horrwitz § 13).

b. **Dauer** der Verbots. Das Verbot besteht nicht mehr, nachdem das Dienstverhältnis rechtlich — nicht schon, nachdem es nur tatsächlich (vgl. ROH. 16 170 auf Grund des früheren preußischen Rechts) — sein Ende erreicht hat. Es bezieht sich auch nicht auf Vorbereitungshandlungen für den demnächst nach Beendigung des Dienstverhältnisses zu beginnenden selbständigen Geschäftsbetrieb (z. B. Miete eines Ladens, Anstellung von Gehilfen, Abschluß von Einkaufsverträgen zur Vorbereitung des nach Beendigung des Dienstverhältnisses zu beginnenden Verkaufs (ebenso OLG. Dresden 13 III 01 OLGRspr. 3 80).

II. **Einwilligung.** Jede Einwilligung des Geschäftsherrn hebt das Verbot auf (§ 60 Abs. 1: „ohne Einwilligung"); § 60 Abs. 2 setzt nur für einen besonderen Fall eine Unterstellung fest. Der Abs. 2 bezieht sich nur auf den Fall des Betriebs eines Handelsgewerbes; bei ihm sind in der Regel dauernde, nicht ohne Verlust zu beseitigende Anstalten vorhanden (§ 1 Anm. II a 2). Er ist nicht entsprechend auf den Fall des Abschließens einzelner Geschäfte anwendbar, denn in letzterem Fall mußte der Geschäftsherr annehmen, daß der Handlungsgehilfe das Abschließen künftig unterlassen werde. Dem Kennen des Geschäftsherrn steht dessen Kennenmüssen nicht gleich. „Ausdrückliche" Vereinbarung vgl. § 48 Anm. II.

§ 61.

Folgen der Übertretung des Verbots.

Verletzt der Handlungsgehülfe die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung, so kann der Prinzipal Schadensersatz fordern; er kann statt dessen verlangen, daß der Handlungsgehülfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Prinzipal Kenntniß von dem Abschlusse des Geschäfts erlangt; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von dem Abschlusse des Geschäfts an.

ADH. Art. 59, 56 Abs. 3. **Entw. I** § 56. **Entw. II** § 60.

I. **Folgen der Übertretung des Verbots.** Der Geschäftsherr kann nur wählend (nicht häufend) das Recht auf Schadensersatz oder das Eintrittsrecht geltend machen, dagegen zugleich mit jedem jener beiden Rechte wahlweise auch das Recht zur sofortigen Entlassung des Handlungsgehilfen (§ 72 Nr. 1) oder das Recht der Erzwingung des Anspruchs auf künftige Unterlassung der Zuwiderhandlung (ebenso für das ältere Recht ROH. **19** 138). Folge der Übertretung ist nicht Unwirksamkeit des Geschäfts (§ 60: „darf"). Das Recht auf Schadensersatz besteht ohne besondere Erklärung des Geschäftsherrn; nur falls das Eintrittsrecht statt dessen geltend gemacht werden soll, bedarf es einer Erklärung. Daher finden nicht die Regeln des BGB. §§ 262 ff. über das Wahlschuldverhältnis Anwendung (Staub Anm. 1, Horrwitz § 13; dagegen OLG. Hamburg 28 V 03 OLGRspr. 7 149, Goldmann Anm. 1); mithin besteht auch kein Recht des Gehilfen auf Bestimmung einer Frist zur Ausübung des Wahlrechts (Staub Anm. 1, Horrwitz § 13; dagegen Goldmann Anm. 1). Die abgegebene Erklärung, daß das Eintrittsrecht geltend gemacht werde, ist für unwiderruflich zu erachten. Dagegen ist die abgegebene Erklärung, Schadensersatz zu fordern, für widerruflich zu erachten (dagegen OLG. Hamburg 28 V 03 OLGRspr. 7 149), solange daraufhin Schadensersatz nicht geleistet ist; denn durch jene Erklärung wird nur das auch ohne Erklärung in erster Reihe bestehende Recht betont. Das ROH. **19** 115 nahm trotz der noch strengeren Fassung der früheren Art. 59, 64 Nr. 2 ADH. an, daß für die Frage der Zulässigkeit der Entlassung (§ 72 Nr. 1) der Umfang des verbotenen Handels und die Zeit, die er in Anspruch nehme, entscheidend sei, daß also nicht stets die Übertretung des Verbots eine Entlassung rechtfertige.

II. **Das Eintrittsrecht** steht dem Geschäftsherrn nur gegenüber dem Handlungsgehilfen zu („daß der Handlungsgehilfe"); der Geschäftsherr tritt in keine unmittelbare Beziehung zu dem Dritten, er kann nur gegenüber dem Handlungsgehilfen fordern, daß dieser ihm die Rechte an den Dritten abtritt (bei der Fassung des früheren Art. 56 ADH. sollte dies dahingestellt bleiben, P. 87). Daher bleiben dem Dritten gegenüber die Geschäfte gültig. Die Pflicht zur Herausgabe der bezogenen Vergütung bei Geschäften für fremde Rechnung ist ausdrücklich im HGB. bestimmt, weil sie mit Rücksicht auf die Fassung des früheren Art. 56 ADH. meist nicht (RG. 8 49) als vorhanden angesehen wurde. Der Anspruch auf Abtretung besteht, insoweit die Vergütung noch nicht vom Handlungsgehilfen bezogen ist. Unter Vergütung ist eine etwaige Provision und jede andere Art der Gegenleistung mitbegriffen, z. B. Gehalt mit Gewinnanteil aus einem Gewerbebetrieb für fremde Rechnung. — Macht der Geschäftsherr von dem Eintrittsrecht Gebrauch, so hat er auch die Aufwendungen des Handlungsgehilfen zu tragen, kann mithin nur die Herausgabe des Reingewinns beanspruchen (RG. **45** 33).

III. **Die Verjährung** unterliegt den Bestimmungen des BGB. §§ 198 ff. Die Verjährung von drei Monaten beginnt mit Kenntnis vom Geschäftsabschluß, auch wenn der Geschäftsherr die Einzelheiten des geschlossenen Vertrages erst später erfährt (OLG. Hamburg 28 V 03 OLGRspr. 7 149). Über die Anwendbarkeit der Verjährungsbestimmungen des § 61 Abs. 2 auf ältere Ansprüche vgl. EGBGB. Art. 169, RG. **45** 33.

§ 62.

Rücksicht auf Gesundheit, Sittlichkeit, Anstand, Religion.

Der Prinzipal ist verpflichtet, die Geschäftsräume und die für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Geräthschaften so einzurichten und zu unterhalten, auch den Geschäftsbetrieb und die Arbeitszeit so zu regeln, daß der Handlungsgehülfe gegen eine Gefährdung seiner Gesundheit, soweit die Natur des Betriebs es gestattet, geschützt und die Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstandes gesichert ist.

Ist der Handlungsgehülfe in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Prinzipal in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Handlungsgehülfen erforderlich sind.

Erfüllt der Prinzipal die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Handlungsgehülfen obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadensersatze die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842 bis 846 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

Die dem Prinzipal hiernach obliegenden Verpflichtungen können nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden.

ADH. — **Entw. I** § 57. **Entw. II** § 61.

I. **Allgemeines.** Der § 62 ist fast wörtlich entlehnt aus BGB. §§ 618, 619, die wiederum auf GewO. §§ 120a, 120b Abs. 1 zurückgehen. Die Vorschriften des § 62 sind auch auf Verträge anwendbar, die unter früherem Recht abgeschlossen sind.

II. **Inhalt der Verpflichtungen des Prinzipals.** Prinzipal vgl. § 59 Anm. IV.

a. **Verpflichtung zur Fernhaltung einer Gefährdung von Gesundheit, guten Sitten und Anstand (Abs. 1).** Eine Gefährdung der Gesundheit kann, wie in der Kommission einstimmig anerkannt wurde (KB. 25), auch in der Verweigerung einer Gelegenheit für ein zeitweiliges Sichniedersetzen gefunden werden (vgl. jetzt GewO. § 139h, unten Anm. IIc). Die Worte „und die Arbeitszeit“ wurden durch die Kommission hinzugefügt, um den Geschäftsherrn in dieser besonderen Beziehung auf die Bestimmung des § 157 BGB. hinzuweisen: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“ Ein Antrag auf Einführung eines Meistarbeitstages wurde abgelehnt (KB. 23). — Unter Geschäftsraum sind alle geschlossenen (z. B. Laden, Speicher, Keller, Boden) und offenen (z. B. Lagerplatz, Hof) Räume einbegriffen (Fuld 59). Unter Gefährdung der Gesundheit ist Gefährdung des Lebens mitbegriffen (vgl. Abs. 3). — Die Beschränkung „soweit die Natur des Betriebes es gestattet“ bezieht sich nur auf Gesundheitsgefährdung, während Gefährdungen der guten Sitte und des Anstands unbedingt fernzuhalten sind. Unter „gute Sitte“ ist nicht Sitte, sondern Sittlichkeit verstanden. Dem Geschäftsherrn ist nicht auferlegt, Gesundheit, Sittlichkeit und Anstand gegenüber dem bestehenden Zustand zu bessern, sondern nur, eine Schädigung fernzuhalten.

b. **Zusätzliche Bestimmungen bei Aufnahme in häusliche Gemeinschaft (Abs. 2).** Bezüglich der in die häusliche Gemeinschaft Aufgenommenen gelten die Bestimmungen des Abs. 2 außer denen des Abs. 1. Der Abs. 1 bezieht sich auf die geschäftliche Tätigkeit, der Abs. 2 vorwiegend auf die geschäftsfreie Zeit. Die Verpflichtung des Geschäftsherrn geht auch im Fall des Abs. 2 nur so weit, daß er durch seine Einrichtungen und Anordnungen etwaige Beeinträchtigungen von dem Angestellten fernzuhalten hat; im übrigen bleibt dem Angestellten

volle Freiheit, der Geschäftsherr hat kein Recht, anzuordnen, z. B. daß der Angestellte zur Förderung seiner Gesundheit in bestimmten Zwischenräumen ein Bad nehme oder regelmäßig turne oder daß er zur Förderung seiner Sittlichkeit einem Sittlichkeitsverein beitrete oder zur Förderung seiner Religion sonntäglich zur Kirche gehe, an häuslichen Andachten teilnehme oder regelmäßig Gebete verrichte. Ein sachlicher Grund dafür, daß in Abs. 2 die Erwähnung des Anstandes fortgelassen, ist nicht erkennbar. Dafür, welche Einrichtungen oder Anordnungen mit Rücksicht auf die Religion erforderlich sind, ist nicht die Ansicht der amtlichen Vertretung der betreffenden Glaubensgemeinschaft maßgebend, nicht die Ansicht des betreffenden Geschäftsherrn, auch nicht die Ansicht des betreffenden Gehilfen oder Lehrlings, auch nicht schlechthin (was Düringer-Hachenburg Nr. 4, Goldmann Anm. 2 annehmen) die Verkehrssitte (§ 346 Anm. I d), sondern die zwar unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, aber ohne Bindung an sie sich bildende Meinung der Staatsangehörigen ohne Unterschied des Bekenntnisses. Unter der Religion, auf die Rücksicht zu nehmen, sind nicht die Glaubens- und Zeremonialschablonen der betreffenden Glaubensgemeinschaft zu verstehen, sondern die von dem betreffenden Handlungsgehilfen gehegten Glaubensmeinungen und geübten Zeremonien (Staub Anm. 6, Horrwitz § 23). Daher darf einem katholischen Handlungsgehilfen, der ohnedies am Freitag Fleisch zu essen pflegt, Fleisch als Hauptnahrung auch am Freitag verabreicht werden, einem jüdischen Handlungsgehilfen, der ohnedies am Sonnabend schreibt, darf an diesem Tag Schreibarbeit zugemutet werden. Unter „Religion" ist jede Art der Betrachtung der letzten Ursachen des Geschehens zu verstehen, gleichgültig, ob hierbei das Vorhandensein außernatürlicher Kräfte oder Wesen bejaht oder verneint wird.

c. **Sonderbestimmungen für Angestellte in offenen Verkaufsstellen und den dazu gehörigen Schreibstuben und Lagerräumen.** Hierüber bestimmt die Gewerbeordnung in der Fassung von 1900 §§ 139c—139m:

§ 139c. „In offenen Verkaufsstellen und den dazu gehörenden Schreibstuben (Kontore) und Lagerräumen ist den Gehilfen, Lehrlingen und Arbeitern nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens zehn Stunden zu gewähren.

In Gemeinden, welche nach der jeweilig letzten Volkszählung mehr als zwanzigtausend Einwohner haben, muß die Ruhezeit in offenen Verkaufsstellen, in denen zwei oder mehr Gehilfen und Lehrlinge beschäftigt werden, für diese mindestens elf Stunden betragen; für kleinere Ortschaften kann diese Ruhezeit durch Ortsstatut vorgeschrieben werden.

Innerhalb der Arbeitszeit muß den Gehilfen, Lehrlingen und Arbeitern eine angemessene Mittagspause gewährt werden. Für Gehilfen, Lehrlinge und Arbeiter, die ihre Hauptmahlzeit außerhalb des die Verkaufsstelle enthaltenden Gebäudes einnehmen, muß diese Pause mindestens ein und eine halbe Stunde betragen."

§ 139d. „Die Bestimmungen des § 139c finden keine Anwendung

1. auf Arbeiten, die zur Verhütung des Verderbens von Waren unverzüglich vorgenommen werden müssen,
2. für die Aufnahme der gesetzlich vorgeschriebenen Inventur sowie bei Neueinrichtungen und Umzügen,
3. außerdem an jährlich höchstens dreißig von der Ortspolizeibehörde allgemein oder für einzelne Geschäftszweige zu bestimmenden Tagen."

§ 139e. „Von neun Uhr abends bis fünf Uhr morgens müssen offene Verkaufsstellen für den geschäftlichen Verkehr geschlossen sein. Die beim Ladenschluß im Laden schon anwesenden Kunden dürfen noch bedient werden.

Über neun Uhr abends dürfen Verkaufsstellen für den geschäftlichen Verkehr geöffnet sein

1. für unvorhergesehene Notfälle,
2. an höchstens vierzig von der Ortspolizeibehörde zu bestimmenden Tagen, jedoch bis spätestens zehn Uhr abends,
3. nach näherer Bestimmung der höheren Verwaltungsbehörde in Städten, welche nach der jeweilig letzten Volkszählung weniger als zweitausend Einwohner haben, sowie

in ländlichen Gemeinden, sofern in denselben der Geschäftsverkehr sich vornehmlich auf einzelne Tage der Woche oder auf einzelne Stunden des Tages beschränkt.

Die Bestimmungen der §§ 139c und 139d werden durch die vorstehenden Bestimmungen nicht berührt.

Während der Zeit, wo die Verkaufsstellen geschlossen sein müssen, ist das Feilbieten von Waren auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder an anderen öffentlichen Orten oder ohne vorherige Bestellung von Haus zu Haus im stehenden Gewerbebetriebe (§ 42b Abs. 1 Ziffer 1) sowie im Gewerbebetrieb im Umherziehen (§ 55 Abs. 1 Ziffer 1) verboten. Ausnahmen können von der Ortspolizeibehörde zugelassen werden. Die Bestimmung des § 55a Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung."

§ 139f. „Auf Antrag von mindestens zwei Dritteln der beteiligten Geschäftsinhaber kann für eine Gemeinde oder mehrere örtlich unmittelbar zusammenhängende Gemeinden durch Anordnung der höheren Verwaltungsbehörde nach Anhörung der Gemeindebehörden für alle oder einzelne Geschäftszweige angeordnet werden, daß die offenen Verkaufsstellen während bestimmter Zeiträume oder während des ganzen Jahres auch in der Zeit zwischen acht und neun Uhr abends und zwischen fünf und sieben Uhr morgens für den geschäftlichen Verkehr geschlossen sein müssen. Die Bestimmungen der §§ 139c und 139d werden hierdurch nicht berührt.

Auf Antrag von mindestens einem Drittel der beteiligten Geschäftsinhaber hat die höhere Verwaltungsbehörde die beteiligten Geschäftsinhaber durch ortsübliche Bekanntmachung oder besondere Mitteilung zu einer Äußerung für oder gegen die Einführung des Ladenschlusses im Sinne des vorstehenden Absatzes aufzufordern. Erklären sich zwei Drittel der Abstimmenden für die Einführung, so kann die höhere Verwaltungsbehörde die entsprechende Anordnung treffen.

Der Bundesrat ist befugt, Bestimmungen darüber zu erlassen, in welchem Verfahren die erforderliche Zahl von Geschäftsinhabern festzustellen ist." (Solche Bestimmungen sind erlassen durch Bek. 25 I 02 RGBl. 38.)

„Während der Zeit, wo Verkaufsstellen auf Grund des Abs. 1 geschlossen sein müssen, ist der Verkauf von Waren der in diesen Verkaufsstellen geführten Art sowie das Feilbieten von solchen Waren auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder an anderen öffentlichen Orten oder ohne vorherige Bestellung von Haus zu Haus im stehenden Gewerbebetriebe (§ 42b Abs. 1 Ziffer 1) sowie im Gewerbebetrieb im Umherziehen (§ 55 Abs. 1 Ziffer 1) verboten. Ausnahmen können von der Ortspolizeibehörde zugelassen werden. Die Bestimmung des § 55a Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung."

§ 139g. „Die Polizeibehörden sind befugt, im Wege der Verfügung für einzelne offene Verkaufsstellen diejenigen Maßnahmen anzuordnen, welche zur Durchführung der im § 62 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs enthaltenen Grundsätze in Ansehung der Einrichtung und Unterhaltung der Geschäftsräume und der für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Gerätschaften sowie in Ansehung der Regelung des Geschäftsbetriebs erforderlich und nach der Beschaffenheit der Anlage ausführbar erscheinen.

Die Bestimmungen im § 120d Abs. 2 bis 4 finden entsprechende Anwendung."

§ 139h. „Durch Beschluß des Bundesrats können Vorschriften darüber erlassen werden, welchen Anforderungen die Laden-, Arbeits- und Lagerräume und deren Einrichtung, sowie die Maschinen und Gerätschaften zum Zwecke der Durchführung der im § 62 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs enthaltenen Grundsätze zu genügen haben. Die Bestimmung im § 120e Abs. 4 findet Anwendung.

Soweit solche Vorschriften durch Beschluß des Bundesrats nicht erlassen sind, können sie durch Anordnung der im § 120e Abs. 2 bezeichneten Behörden erlassen werden."

Auf Grund des § 139h erging ein Beschluß des Bundesrats betr. Einrichtung von Sitzgelegenheit für Angestellte in offenen Verkaufsstellen (Bek. 28 XI 00 RGBl. 1033).

§ 139i. „Die durch § 76 Abs. 4 des Handelsgesetzbuchs sowie durch § 120 Abs. 1 begründete Verpflichtung des Geschäftsinhabers findet an Orten, wo eine vom Staate oder

der Gemeindebehörde anerkannte Fachschule besteht, hinsichtlich des Besuchs dieser Schule entsprechende Anwendung.

Der Geschäftsinhaber hat die Gehilfen und Lehrlinge unter achtzehn Jahren zum Besuche der Fortbildungs- und Fachschule anzuhalten und den Schulbesuch zu überwachen." Vgl. HGB. § 76 Anm. VI.

§ 139k. „Für jede offene Verkaufsstelle, in welcher in der Regel mindestens zwanzig Gehilfen und Lehrlinge beschäftigt werden, ist innerhalb vier Wochen nach Inkrafttreten dieses Gesetzes oder nach der Eröffnung des Betriebs eine Arbeitsordnung zu erlassen.

Auf die Arbeitsordnung finden die Vorschriften der §§ 134a, 134b Abs. 1 Ziffer 1 bis 4, Abs. 2, Abs. 3 Satz 1, des § 134c Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 und 3, des § 134d Abs. 1 und der §§ 134e, 134f entsprechende Anwendung.

Andere als die in der Arbeitsordnung oder in den §§ 71 und 72 des Handelsgesetzbuchs vorgesehenen Gründe der Entlassung und des Austritts aus der Arbeit dürfen im Arbeitsvertrage nicht vereinbart werden.

Die verhängten Geldstrafen sind in ein Verzeichnis einzutragen, welches den Namen des Bestraften, den Tag der Bestrafung sowie den Grund und die Höhe der Strafe ergeben und auf Erfordern der Ortspolizeibehörde jederzeit zur Einsicht vorgelegt werden muß.

Auf Arbeitsordnungen, welche vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes erlassen worden sind, finden die Bestimmungen der §§ 134a, 134b Abs. 1 Ziffer 1 bis 4, Abs. 2, Abs. 3 Satz 1, des § 134c Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 und 3, des § 134e Abs. 2 und des § 134f entsprechende Anwendung. Dieselben sind binnen vier Wochen der unteren Verwaltungsbehörde in zwei Ausfertigungen einzureichen. Auf spätere Abänderungen dieser Arbeitsordnungen und auf die seit dem 1. Oktober 1899 erstmalig erlassenen Arbeitsordnungen finden der § 134d Abs. 1 und der § 134e Abs. 1 entsprechende Anwendung."

§ 139l. „Auf das Halten von Lehrlingen in offenen Verkaufsstellen, sowie in anderen Betrieben des Handelsgewerbes findet die Bestimmung des § 128 Anwendung." Vgl. HGB. § 76 Anm. VII.

§ 139m. „Die Bestimmungen der §§ 139c bis 139i finden auf den Geschäftsbetrieb der Konsum- und anderer Vereine entsprechende Anwendung."

III. **Folgen einer Verletzung der Verpflichtungen aus § 62 Abs. 1 und 2 (Abs. 3).**

a. **Schadensersatzpflicht** tritt ein nach näherer Maßgabe des BGB. §§ 842—846. Der § 847 BGB. ist in Abs. 3 nicht mitangeführt; daher ist er für nicht anwendbar zu erachten (dagegen betreffs § 847 Abs. 2 Düringer-Hachenburg Anm. V), wenn nichts anderes als eine Verletzung der Verpflichtungen aus § 62 vorliegt, ohne daß der Geschäftsherr bei den in BGB. § 847 erwähnten Handlungen Teilnehmer ist. Eine Schadensersatzpflicht nach Abs. 3 besteht schon dann, wenn die mit dem fraglichen Zustand verknüpfte Gefahr erkannt werden mußte, selbst wenn die besondere Art und Weise des demnächst eingetretenen Erfolges nicht vorausgesehen werden konnte (RG. 9 III 03 JW. Beil. 58[133]).

b. **Fristlose Kündigung.** Wenn der Geschäftsherr den ihm nach § 62 obliegenden Verpflichtungen nachzukommen verweigert, bildet dies, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, für den Handlungsgehilfen (§ 71 Nr. 3) und nach Ablauf der Probezeit auch für den Handlungslehrling (§ 77 Abs. 3 Satz 1) einen wichtigen Grund zu fristloser Kündigung. Für den Lehrling liegt ein wichtiger Grund zu fristloser Kündigung auch vor, wenn der Lehrherr seine Verpflichtungen gegen den Lehrling in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise vernachlässigt (§ 77 Abs. 3 Satz 2).

c. **Strafbarkeit.** Wer gegenüber einem Lehrling die Pflichten aus § 62 Abs. 1 und 2 in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise verletzt, ist strafbar nach § 82.

d. **Polizeiliche Maßnahmen.** Maßgebend ist GewO. § 139 g (oben Anm. II c).

IV. **Nichtigkeit gegenteiliger Vereinbarung (Abs. 4).** Eine Vereinbarung, durch welche die dem Geschäftsherrn nach § 62 obliegenden Verpflichtungen aufgehoben oder beschränkt werden, ist, soweit sie sich auf die Folgezeit bezieht („nicht im voraus"), nichtig („können nicht" KB. 25). Der § 139 BGB. ist für anwendbar zu erachten (dagegen Staub Exk. zu § 62 Anm. 2), mithin bei Vorliegen einer nach Abs. 4 nichtigen Abrede der ganze Dienstvertrag

nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß er auch ohne die nach Abs. 4 nichtige Abrede geschlossen worden wäre. Indessen wird in Fällen der in § 62 erwähnten Art in der Regel die letztere, in BGB. § 139 erwähnte Ausnahme zutreffen, daher nur die Nebenabrede für ungültig, im übrigen aber der Dienstvertrag gültig sein.

§ 63.

Dienstbehinderung durch unverschuldetes Unglück.

Wird der Handlungsgehülfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert, so behält er seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus.

Der Handlungsgehülfe ist nicht verpflichtet, sich den Betrag anrechnen zu lassen, der ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer Kranken- oder Unfallversicherung zukommt. Eine Vereinbarung, welche dieser Vorschrift zuwiderläuft, ist nichtig.

ADH. Art. 60. **Entw. I** § 58. **Entw. II** § 62.

I. **Verhinderung durch unverschuldetes Unglück oder sonstigen in der Person des Angestellten liegenden Grund.**

a. **Verhinderung.** Der Anspruch besteht (im Gegensatz zum früheren ADH.) auch dann, wenn sich von vornherein erkennen läßt, daß die Verhinderung eine dauernde, keine innerhalb sechs Wochen vorübergehende, sein wird (D. 57). Eine Verhinderung liegt nicht nur bei körperlicher Unmöglichkeit (z. B. schwerer Krankheit) vor, sondern auch, wenn wegen Gesundheitsgefährdung (z. B. bei leichter Erkrankung, die sich durch Ausgehen erheblich verschlimmern würde) oder wegen sittlicher Pflichten (z. B. Hilfeleistung bei gemeinsamer Not oder bei schwerer Erkrankung eines Angehörigen) oder Anstandspflichten (z. B. Teilnahme am Begräbnis eines Nahestehenden) dem Angestellten nicht zugemutet werden konnte, während der betreffenden Zeit Dienst zu leisten. Der Umstand, daß zu bestimmter Tageszeit eine solche Verhinderung besteht (z. B. daß der Handlungsgehilfe, ohne augenblicklich erheblich krank zu sein, während der Dienstzeit zum Zahnarzt gehen muß), enthält keine Verhinderung überhaupt; auf Verlangen muß daher in solchen Fällen der Angestellte außerhalb der gewöhnlichen Arbeitszeit die Dienstleistung nachholen. — Nicht erfordert ist, daß die Verhinderung erst nach Dienstantritt beginnt (vgl. OLG. Frankfurt 9 XI 03 OLGRspr. 9 289). Vielmehr ist § 63 anwendbar auch, wenn die Verhinderung bereits in der Zwischenzeit zwischen Vertragsabschluß und Dienstantritt oder wenn sie schon vor Vertragsabschluß begonnen hat. Im letzteren Fall wird aber unter Umständen Anfechtung des Dienstvertrags wegen Irrtums oder Betruges oder Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch aus der in einem Betrug liegenden unerlaubten Handlung möglich sein.

b. **Grund** der Verhinderung.

1. Ein in der Person des Angestellten liegender, von ihm nicht verschuldeter Grund. Der § 616 bestimmt:

„Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt."

Diese Vorschrift gilt, soweit HGB. § 63 nicht Anwendung findet; ist HGB. § 63 anwendbar, ist also der Hinderungsgrund ein unverschuldetes Unglück, so geht § 63 als Sondervorschrift vor. Der sachliche Unterschied zwischen beiden Vorschriften liegt darin, daß § 63 die Zeit, für welche die Vergütung zu gewähren, genauer begrenzt und im Gegensatz zu

BGB. § 616 die Anrechnung der Kranken- und Unfallgelder in allen Fällen ausschließt. Wegen verhältnismäßiger Erheblichkeit der Zeit der Dienstbehinderung besteht kein Vergütungsanspruch, z. B. wenn die den Grund der Dienstbehinderung bildende Übung beim Heer beinahe die Hälfte der gesamten Dienstzeit in Anspruch nimmt (KG. 10 II 04 KGBl. 31).

2. Unverschuldetes Unglück. Dies ist die Voraussetzung des § 63.

α. Unglück. Da der dem § 63 entsprechende frühere Art. 60 ADH. die einzige Vorschrift war, welche dem Handlungsgehilfen den Fortbezug des Gehalts während Behinderung der Dienstleistung zusicherte, so neigte man zu einer weiten Ausdehnung des Begriffs „Unglück". Hierzu ist jetzt kein Anlaß mehr, weil für andere Fälle unverschuldeter Behinderung die Vorschrift des BGB. § 616 (oben zu 1) den Angestellten genügend schützt. Unter „Unglück" im § 63 wird man daher nur einen Vorfall zu verstehen haben, der dem Handlungsgehilfen einen erheblichen Schaden oder Schmerz irgend einer Art bringt, namentlich eigene Erkrankung oder Untersuchungshaft. Auch Erkrankung naher Angehöriger; jedoch nur, insoweit sie aus Gründen der Sittlichkeit oder der Sitte die persönliche Anwesenheit des Angestellten bei dem Kranken erfordert; nicht auch, insoweit die Beschaffung einer Vertretung des Angestellten bei der Fürsorge für den Kranken mit jenen Gesichtspunkten vereinbar und dem Angestellten tatsächlich möglich ist. Kein Unglück ist die Einberufung zum Schöffen- oder Geschworenendienst oder das Stattfinden öffentlicher Wahlen, an denen der Angestellte sich beteiligt. Ebenso nicht die Einberufung zu einer Heeresübung (KG. 10 II 04 KGBl. 31). Anträge auf ausdrückliche Ausdehnung der Vorschriften des § 63 auf Heeresübungen, insbesondere soweit solche erzwungen und nicht etwa nur freiwillig behufs Vorrückens im Range erfolgen, wurden in der Kommission abgelehnt, weil man in dieser Beziehung nicht über den § 616 BGB. hinausgehen wollte (KB. 27).

β. Unverschuldet muß das Unglück sein. Unverschuldet steht hier nicht im Sinn einer Abwesenheit sittlichen Verschuldens, sondern im Sinn einer Abwesenheit rechtlicher Vertretungspflicht (ebenso Staub Anm. 2); der Angestellte soll nicht die Möglichkeit haben, alle etwaigen schädlichen Folgen seiner freiwilligen Handlungen auf den Geschäftsherrn abzuladen. Der § 63 (und ebenso BGB. § 616) ist daher nicht anwendbar, wenn das Unglück eine als möglich voraussehbare Folge eigener Handlungen des Angestellten ist. Verschuldet ist daher eine Verhinderung durch Erkrankung infolge übermäßigen Alkoholgenusses oder übermäßiger Körperübungen, durch eine aus Ursache selbstverschuldeter Trunkenheit erlittene Verletzung, durch Schwangerschaft infolge freiwilligen (auch ehelichen) Geschlechtsverkehrs (dagegen Horrwitz § 16), durch geschlechtliche Erkrankung infolge freiwilligen außerehelichen (OLG. Frankfurt 28 X 03 OLGRspr. 8 95; dagegen Horrwitz § 16) und, wenn eine Gefahr der Ansteckung voraussehbar, auch ehelichen Geschlechtsverkehrs (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 2).

3. Nicht vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführte Erkrankung eines bei dauerndem Dienstverhältnis in die häusliche Gemeinschaft Aufgenommenen. Der § 617 BGB. bestimmt:

„Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Wird das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht.

Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung

und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist."

Diese Vorschrift tritt für die Fälle, in denen ihre Voraussetzungen vorliegen, ergänzend neben die Vorschriften des § 63 HGB. oder des § 616 BGB.; letztere handeln von Fortzahlung der Vergütung für die Dienstleistung, der § 617 BGB. darüber hinaus von der Fürsorge für Verpflegung und ärztliche Behandlung.

II. **Gehalt und Unterhalt nicht über sechs Wochen hinaus** sind nach § 63 dem Angestellten zu gewähren.

a. **Gehalt und Unterhalt.** Unter diesen Worten sind alle vertragsmäßigen Leistungen des Geschäftsherrn zu verstehen (P. 101; vgl. § 64 Anm.); also auch ein etwa vereinbarter Anteil am Reingewinn. Provision ist fortzugewähren, nicht nur, wenn sie durch frühere Handlungen des Gehilfen begründet ist (z. B. Provision von allen, auch nicht vermittelten Geschäften früher erworbener Kunden), sondern auch, wenn sie nach Inhalt des Dienstvertrages nur von jedesmaligen neuen Abschlüssen zu gewähren ist. Im letzteren Fall kann Provision in der Höhe verlangt werden, in welcher der Angestellte, wenn er nicht verhindert gewesen wäre, sie mutmaßlich verdient hätte (Düringer-Hachenburg Anm. IV, Staub Anm. 5, Horrwitz § 16). — Im Fall des HGB. § 63 können nicht einmal etwaige von dem Gehilfen bezogene Kranken- oder Unfallversicherungsbeträge, im Fall des BGB. § 616 nur diese, nicht aber andere etwa gleichzeitig bezogene Beträge (z. B. Soldatenlöhnung oder Reserveoffiziergehalt bei Übungen) dem Gehilfen vom Gehalt abgezogen werden.

b. **Nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus.** Bei Berechnung der Frist kommen zur Anwendung BGB. § 187 Abs. 1: „Ist für den Anfang einer Frist ein Ereignis oder ein in den Lauf eines Tages fallender Zeitpunkt maßgebend, so wird bei der Berechnung der Frist der Tag nicht mitgerechnet, in welchen das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt", BGB. § 188 Abs. 2: „Eine Frist, die nach Wochen ... bestimmt ist, endigt im Falle des § 187 Abs. 1 mit dem Ablaufe desjenigen Tages der letzten Woche ..., welcher durch seine Benennung ... dem Tage entspricht, in den das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt, ..." — Der Anspruch auf Gehalt und Unterhalt ist der Vertragsanspruch, kein Entschädigungsanspruch. Daher endet er schon vor dem sechswöchentlichen Zeitraum, wenn der Vertrag schon früher (durch Zeitablauf, regelmäßige oder vorzeitige Kündigung) sein Ende erreicht (RG. 48 181). Erfolgt jedoch seitens des Geschäftsherrn eine vorzeitige Kündigung gerade wegen Behinderung des Gehilfen durch unverschuldetes Unglück, so bleibt hierdurch nach besonderer Bestimmung (§ 72 Abs. 2) der Anspruch aus § 63 für die ganzen sechs Wochen unberührt. Die sechswöchentliche Frist läuft in diesem Fall nicht erst seit der Kündigung (OLG. Karlsruhe 8 V 01 OLGRspr. 3 77). — Kündigt der Geschäftsherr trotz Kenntnis von der Krankheit das Dienstverhältnis zu einem mehr als sechs Wochen hinaus liegenden Zeitpunkt, so kann hierin unter Umständen ein Verzicht auf die Einrede mangelnder Gegenleistung (BGB. § 320) für den späteren Zeitraum liegen (LG. I Berlin 19 X 99 KGBl. 00 32).

c. **Keine Anrechnung der Kranken- oder Unfallgelder.** Das Gesetz unterscheidet nicht, ob die Versicherung eine erzwungene oder eine freiwillige ist. Die Anrechnung ist unzulässig auch, wenn der Geschäftsherr einen größeren Anteil, als wozu er gesetzlich verpflichtet war, zu den Beiträgen zur Kranken- und Unfallversicherung beigesteuert hat (Goldmann Anm. 2; dagegen Staub Anm. 6).

III. **Zwingendes Recht** enthält nur Abs. 2 Satz 1, nicht auch Abs. 1 (ebenso AG. I Berlin 21 X 04 KGBl. 05 9, Staub Anm. 7, Düringer-Hachenburg Anm. V, Lehmann Nr. 5, Goldmann Anm. 1, Horrwitz § 16, Nathan in HoldheimsMSchr. 03 202, Kaufmann DJZ. 03 218; dagegen LG. I Berlin 9 VI 02 KGBl. 86, LG. I Berlin KGBl. 03 22, 25 I 04 KGBl. 50, 3 II 04 KGBl. 36). Dies ergibt die Entstehungsgeschichte (KB. 31) und die Fassung, wonach der Satz 2 des Abs. 2 nur einen Teil des Abs. 2, nicht einen selbständigen dritten Absatz bildet und dementsprechend die Einzahl „dieser Vorschrift" gebraucht ist. Ist eine nach Abs. 2 nichtige Vereinbarung getroffen, so kommt zwar BGB. § 139 zur Anwendung; in der Regel wird jedoch anzunehmen sein, daß die Parteien den Dienstvertrag auch ohne die nichtige Abrede geschlossen hätten, so daß der Dienstvertrag ohne die Abrede wirksam bleibt (vgl. § 62 Anm. IV).

§ 64.

Gehaltszahlung am Monatsschluß.

Die Zahlung des dem Handlungsgehülfen zukommenden Gehalts hat am Schlusse jedes Monats zu erfolgen. Eine Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehalts später erfolgen soll, ist nichtig.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** § 63.

I. **Zahlung des Gehalts.**

a. **Zahlung.** Der § 64 bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf geschuldete Leistungen in barem Geld, ist aber entsprechend anwendbar auch auf diejenigen geschuldeten Sachleistungen, die nicht — wie Wohnung und Verpflegung — fortlaufend zu gewähren sind. Das Gesetz verlangt auch nicht bare Zahlung der vereinbarten baren Vergütung; Aufrechnung, Hingabe an Zahlungsstatt usw. ist daher durch § 64 nicht verboten (Staub Anm. 5).

b. **Gehalt.** Im § 64 (und allen anderen neu eingefügten Vorschriften, z. B. § 68 Abs. 1; anders in den aus dem ADH. herrührenden § 63 und § 71 Nr. 2) muß „Gehalt" eng ausgelegt werden als die vereinbarte feste Gegenleistung im Gegensatz zu Gewinnanteilen, Provisionen und dergleichen schwankenden Vergütungen. Sonst wäre die gesetzliche Vorschrift unausführbar. Bezüglich der Provision vgl. § 65, § 88 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4. Ist eine Mindesthöhe der schwankenden Vergütungen vereinbart, so ist diese Mindesthöhe dennoch nicht Teil des Gehalts im Sinn des § 64, dagegen Teil des Gehalts im Sinn des § 68.

II **Zeitpunkt der Zahlung.**

a. **Am Schluß jeden Monats.** Nach § 64 Satz 1 hat die Zahlung am Schluß jeden Monats zu erfolgen. Unter „Monat" ist nicht der Kalendermonat verstanden, sondern die Zahlung hat das erste Mal am letzten Tag vor demjenigen Tag des dem Beginn der vergütungspflichtigen Dienstzeit folgenden Kalendermonats zu geschehen, der durch seine Zahl dem Tag des Beginns der vergütungspflichtigen Dienstzeit entspricht (BGB. §§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2), demnächst jedesmal einen Monat nach der Fälligkeit der letztfälligen Gehaltszahlung. Letzteres auch, wenn diese letztfällige Gehaltszahlung vor Fälligkeit bewirkt worden war. Auch wenn die Vergütung nach kürzeren als monatlichen Zeitabschnitten bemessen ist, hat (abweichend von BGB. § 614) nach § 64 die Zahlung nur monatlich zu geschehen. Doch ist zulässig eine Vereinbarung, daß die Zahlung in kürzeren als monatlichen Zwischenräumen erfolgen solle; so z. B. die Vereinbarung, daß das Gehalt erstmalig am Schluß des Kalendermonats des Diensteintritts und demnächst am Schluß jedes Kalendermonats gezahlt werden soll. Endet das Dienstverhältnis vor Ablauf des Monats so wird das Gehalt bereits bei Endigung des Dienstverhältnisses fällig (Horrwitz § 16). Bezüglich aller Vergütungen außer dem festen Gehalt kommt zur Anwendung BGB. § 614: „Die Vergütung ist nach der Leistung der Dienste zu entrichten. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten."

b. **Nichtigkeit hinausschiebender Vereinbarung.** Nach § 64 Satz 2 ist nichtig eine Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehalts später als am Schluß jeden Monats erfolgen soll. Eine Vereinbarung, daß die Gehaltszahlung früher als am Monatsschluß erfolgen solle, ist zulässig (oben zu a). Die Reichstagskommission, welche die Nichtigkeitsklausel einfügte, erachtete als selbstverständlich, daß der Handlungsgehilfe hierdurch nicht gehindert sei, sein Guthaben bei dem Geschäftsherrn, dessen Einverständnis vorausgesetzt, stehen zu lassen (KB. 32). Der § 64 Satz 2 ist daher dahin auszulegen, daß gegenteilige Abreden nur soweit sie die Folgezeit betreffen nichtig sein sollen (ebenso Lehmann Nr. 1, Goldmann Anm. 1; dagegen Staub Anm. 4).

§ 65.

Provisionsberechtigter Handlungsgehilfe.

Ist bedungen, daß der Handlungsgehülfe für Geschäfte, die von ihm geschlossen oder vermittelt werden, Provision erhalten solle, so finden die für die Handlungsagenten geltenden Vorschriften des § 88 und des § 91 Satz 1 Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 59. **Entw. II** § 64.

I. **Bedingen von Provision.** Provision vgl. § 354 Anm. III b. Der § 65 ist anwendbar sowohl, wenn der Angestellte nur Provision, wie auch, wenn er Provision neben fester Vergütung bezieht. Sowohl bei Provision für Abschluß, wie auch bei Provision für Vermittlung. — Über die Rechte des vom provisionsberechtigten Handlungsgehilfen zu unterscheidenden Handlungsgehilfen mit Gewinnanteil s. § 59 Anm. III b.

II. **Anwendung der §§ 88, 91 Satz 1.** Hierüber vgl. zu §§ 88, 91. Die besonderen Bestimmungen über den Provisionsanspruch der für einen bestimmten Bezirk bestellten Handlungsagenten und die im Gesetz für diesen Fall aufgestellte Vermutung (§ 89, § 91 Satz 2) sind nicht für anwendbar auf den Fall des Handlungsgehilfen erklärt; vielmehr ist nach der Vertragsabsicht im einzelnen Fall zu entscheiden, ob die Anweisung des bestimmten Bezirks nur den Geschäftskreis des Handlungsgehilfen begrenzen oder ihm ein Recht auf Provision für alle Geschäfte dieses Bezirks gewähren soll (D. 59). Ist letzteres die Absicht, so ist auch § 91 Satz 2 anwendbar; nicht auch (dagegen D. 59) § 89; inwieweit die in § 89 getroffene Regelung gewollt war, ist vielmehr selbständig zu prüfen. Ob dem provisionsberechtigten Handlungsgehilfen ein Recht auf Vorlegung der Bücher des Geschäftsherrn zusteht, vgl. § 91 Anm. IV.

§ 66.

Gesetzliche Kündigungsfrist.

Das Dienstverhältniß zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Theile für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden.

ADH. Art. 61 Abs. 1. **Entw. I** § 60. **Entw. II** § 65.

I. **Vereinbarte Zeitdauer des Dienstverhältnisses.**

a. **Für unbestimmte Zeit** eingegangenes Dienstverhältnis. Der § 66 (und ebenso — mit Ausnahme des Falles in § 67 Abs. 3 — die §§ 67—69) beziehen sich nur auf ein Dienstverhältnis, das auf unbestimmte Zeit eingegangen ist. Ein solches liegt auch vor, wenn das Dienstverhältnis zwar als auf bestimmte Zeit geschlossen bezeichnet, aber mindestens für eine Partei ein Recht zu willkürlicher vorzeitiger Lösung bedungen ist. Im Zweifel auch, wenn bei den Vorverhandlungen die Stellung als eine Lebensstellung bezeichnet worden ist (OLG. Bamberg 1 VI 01 OLGRspr. 3 411). — Die Anstellung zur Probe ist, wenn sie nicht ausdrücklich auf bestimmte Zeit erfolgt ist, eine Anstellung auf unbestimmte Zeit. Die Angabe, daß zur Probe angestellt werde, ist nur Angabe des Beweggrundes für die Anstellung (Staub Anm. 4, OLG. Hamburg 11 VI 01 HansGZ. 216 OLGRspr. 3 78), im übrigen ohne rechtliche Bedeutung, und sowohl mit einer Anstellung auf bestimmte Zeit wie mit einer Anstellung auf unbestimmte Zeit vereinbar. Der § 69 findet keine Anwendung auf eine Anstellung zur Probe (KB. 33). Da für die Anstellung zur Probe keine Ausnahme von den gesetzlichen Vorschriften gemacht werden sollte (D. 61), so ist auch bei ihr, wenn sie auf unbestimmte Zeit geschehen, eine Kündigung erforderlich. Im Anstellen zur Probe liegt keine Abänderung der gesetzlichen Kündigungsfristen (OLG. Hamburg 11 VI 01 HansGZ. 216 OLGRspr. 3 78). Über Fortsetzung des Dienstverhältnisses nach Ablauf der bestimmten Probezeit vgl. unten Anm. I b.

b. **Für bestimmte Zeit** eingegangenes Dienstverhältnis. Statthaft bleibt es, den Dienstvertrag mit dem Handlungsgehilfen nur für eine fest bestimmte Zeit — auch für kürzere Zeit als sechs Wochen — abzuschließen; dann endet das Verhältnis ohne weiteres mit dem Ablauf des betreffenden Zeitraums (D. 61). Gleichgültig ist, ob die bestimmte Zeitdauer ausdrücklich unter Bezugnahme auf bestimmte Zeiteinteilungen angegeben oder aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste zu entnehmen ist (BGB. § 620). Ein Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit kann auch dann vorliegen, wenn kein festes Gehalt gewährt wird, sondern wiederholt bestimmte einzelne Arbeiten übertragen werden und für jede einzelne dieser Arbeiten gesonderte Vergütung (Akkordlohn) bedungen ist (vgl. KG. 4 VII 00 KGBl. 89). Wird ein

auf bestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis nach Ablauf der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des anderen Teils fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Teil unverzüglich widerspricht (BGB. § 625). So auch bei Fortsetzung des Dienstverhältnisses nach Anstellung auf Probe für bestimmte Zeit (Berl. Handelsgebr. 2 79). Anwendbar auch auf Handlungsgehilfen bleibt BGB. § 624: „Ist das Dienstverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen, so kann es von dem Verpflichteten nach dem Ablaufe von fünf Jahren gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate."

II. **Frist für Kündigung** bei einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Dienstverhältnis. Hierüber bestimmt § 66. Da eine Frist von sechs Wochen eingehalten werden muß, so muß spätestens am 43sten Tag vor Ablauf des Kalendervierteljahrs gekündigt werden, also am 17. (Schaltjahr 18.) Februar, 19. Mai, 19. August, 19. November. Fällt dieser Tag auf einen Sonn- oder Feiertag, so kann noch am nächstfolgenden Werktag gekündigt werden (BG. § 193; ebenso Lehmann-Ring Nr. 7), denn da die Bestimmung des BGB. § 193 zu Gunsten des Erklärenden gegeben ist, ist bei zurückzurechnender Frist ihre Verkürzung als beabsichtigt anzusehen.

III. **Kündigung.**

a. **Erklärung.** Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Für die Form, in welcher sie abzugeben ist, und für die Zeit, wann sie wirksam wird, ist BGB. §§ 130—132 entscheidend. Hiernach wird eine Kündigung, die gegenüber einem Abwesenden erfolgt, erst in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Über den Begriff und die genauere Bestimmung der Zeit des Zugehens vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI d.

b. **Verspätete** Kündigung. Die ohne Angabe eines bestimmten Zeitpunkts, zu welchem gekündigt wird, abgegebene Kündigungserklärung gilt als Kündigung zum nächsten gesetzlich zulässigen Zeitpunkt. Ist zu einem bestimmt angegebenen Zeitpunkt gekündigt, die erforderliche Frist aber nicht eingehalten, so wirkt dies wie eine Kündigung zum frühesten gesetzlich zulässigen Zeitpunkt, wenn anzunehmen ist erstens, daß der Erklärende jedenfalls kündigen wollte, auch wenn der von ihm bezeichnete Zeitpunkt kein zulässiger war (vgl. BGB. § 139), und zweitens, daß diese Absicht des Erklärenden dem Empfänger der Erklärung erkennbar war. Der Empfänger hat aber auch das Recht, die verspätete Kündigung wie ein Angebot vertraglicher vorzeitiger Aufhebung des Vertrages zu dem in der Kündigung angegebenen Zeitpunkt zu behandeln und demgemäß die Kündigung zu diesem Zeitpunkt anzunehmen. Der Kündiger bleibt daher an seine verspätete Kündigung gebunden, solange er eine Annahme erwarten darf, also in der Regel bis zu dem Zeitpunkt, zu welchem er gekündigt hat, falls nicht vorher der Angestellte erklärt, daß er zu diesem Zeitpunkt nicht ausscheiden wolle. Erklärt der Angestellte die Annahme der Kündigung, z. B. indem er tatsächlich mit dem seitens des Kündigers genannten Zeitpunkt aufhört, Dienste zu leisten, so kann nunmehr der Kündiger sich nicht auf den Standpunkt stellen, daß eine Kündigung zu diesem Zeitpunkt unzulässig und daher unwirksam gewesen sei. — Vorstehendes gilt sowohl, wenn mit zu kurzer Frist, wie auch (§ 70 Anm. IV a), wenn fristlos gekündigt wurde.

c. **Vorzeitige** Kündigung. Die Kündigung darf bereits vor dem Tag, an welchem sie spätestens zulässig ist, erklärt werden. Zulässig ist die Abgabe der Kündigungserklärung bereits vor Fälligkeit der durch den abgeschlossenen Dienstvertrag begründeten Dienstverpflichtungen (OLG. Hamburg 28 XI 91 ZHR. 40 452); nur muß ein Zeitraum zwischen Beginn und Endigung des Dienstverhältnisses übrig bleiben, es kann also nicht auf Grund der Kündigung verlangt werden, daß das Dienstverhältnis schon in dem Augenblick endige, zu welchem es beginnen sollte.

d. **Bedingte** Kündigung als einseitige Erklärung erscheint unzulässig und unwirksam (herrschende Meinung, ROH. 4 343; dagegen Staub Anm. 10, Lehmann Nr. 4). Doch kann — entsprechend wie bei verspäteter Kündigung (oben zu b) — der Empfänger einer bedingten Kündigung diese wie ein Angebot über den Abschluß eines neuen Vertrages über die Zeitdauer des Dienstverhältnisses behandeln und daher dies Angebot annehmen. Dieser neue Vertrag enthält dann die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung des Dienstvertrages; über die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung vgl. § 67 Anm. I.

IV. **Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstes.** Hierüber bestimmt BGB. § 629:

„Nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses hat der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren."

Ein Antrag, für Handlungsgehilfen die angemessene Zeit auf 2 Stunden täglich festzusetzen, wurde abgelehnt, weil in den meisten Fällen dies zu viel sei, in anderen es nicht genüge (KB. 37).

§ 67.

Vertragliche Kündigungsfrist.

Wird durch Vertrag eine kürzere oder längere Kündigungsfrist bedungen, so muß sie für beide Theile gleich sein; sie darf nicht weniger als einen Monat betragen.

Die Kündigung kann nur für den Schluß eines Kalendermonats zugelassen werden.

Die Vorschriften des Abs. 1 finden auch in dem Falle Anwendung, wenn das Dienstverhältniß für bestimmte Zeit mit der Vereinbarung eingegangen wird, daß es in Ermangelung einer vor dem Ablaufe der Vertragszeit erfolgten Kündigung als verlängert gelten soll.

Eine Vereinbarung, die diesen Vorschriften zuwiderläuft, ist nichtig.

ADH. — **Entw. I** § 61. **Entw. II** § 66.

I. **Kündigungsfrist.** Der § 67 bezieht sich nur auf den Fall, daß der Dienstvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen ist (§ 66 Anm. I a). Die Vereinbarung über Änderung der gesetzlichen Kündigungsfrist kann auf dem ursprünglichen Vertrag oder auf dessen späterer Änderung beruhen (Str. 56 36). Auch die Vereinbarung, daß Kündigung ohne Frist zulässig sein solle, ist ein Bedingen einer „kürzeren Kündigungsfrist" im Sinn des § 67. Dagegen fällt unter den § 67 nicht eine Anstellung unter auflösender, nicht in die Willkür des Vertragsgegners gestellter Bedingung (zust. Staub Anm. 1, auch Lehmann 167 Fußnote 1, Horrwitz § 27 II 1). Zulässig ist daher z. B. die bei Anstellung eines reisenden Handlungsgehilfen vereinbarte Bedingung: „falls Ihre Ergebnisse uns nicht befriedigen, steht uns frei, Sie ohne Kündigung zu entlassen", denn (BGB. § 315) der Geschäftsherr ist hierbei an den sachlichen Maßstab der Billigkeit seines Ermessens gebunden (OLG. Hamburg 10 V 02 OLGRspr. 5 266). Ist eine Anstellung unter auflösender, in die Willkür des Vertragsgegners gestellter Bedingung vereinbart, so steht dies der Eingehung eines Dienstverhältnisses auf unbestimmte Zeit gleich, der § 67 findet daher so Anwendung, daß der Eintritt der Bedingung wie eine Kündigung wirkt: die Auflösung kann daher wirksam nur als zum Schluß des dem Tag des Bedingungseintritts folgenden Kalendermonats eintretend vereinbart werden. — Ist nur bedungen, daß beiderseits mit dreimonatlicher Frist gekündigt werden könne, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Parteien den § 67 Abs. 2 unberührt lassen wollten (KG. 3 X 03 OLGRspr. 8 96). Ist einjährige Kündigungsfrist bedungen, und wird am 8 VIII 01 gekündigt, so endet das Dienstverhältnis zum 31 VIII 02, nicht etwa erst zum 30 IX 02, da neben dem § 67 nicht der § 66 zur Anwendung kommt (RG. 9 VI 05 JW. 502[34]).

II. **Nichtigkeit zuwiderlaufender Vereinbarungen.** Die Bestimmung des Abs. 4, daß eine zuwiderlaufende Vereinbarung nichtig sei, bezieht sich nur auf die Nebenabrede über die Kündigungsfrist, aber auf die drei Absätze 1—3. Ist eine hiernach nichtige Nebenabrede getroffen, so kommt (vgl. § 62 Anm. IV) zur Anwendung BGB. § 139: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde." Im Fall der Schließung eines Dienstvertrages mit nichtigen Kündigungsbestimmungen wird man in der Regel annehmen können, daß der Vertragsschluß allenfalls auch ohne besondere Kündigungsbestimmungen er-

folgt wäre, mithin der Vertrag bestehen bleibt, und bezüglich der Kündigungsbestimmungen die Regel des § 66 Platz greift. Die Fassung des § 67 Abs. 4 ist zwar eine derartige, daß damit an sich auch abweichende, dem Gehilfen günstigere Vertragsbestimmungen für nichtig erklärt werden; indessen ist wohl anzunehmen (zust. Staub Anm. 7, Düringer-Hachenburg Nr. 3; dagegen früher Staub Suppl. zu 5. Aufl. Anm. 5, Lehmann Nr. 3, Goldmann Anm. 1, Horrwitz § 27 II 1), daß dies nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprach (vgl. RG. 38 27), und daher muß die Bestimmung nach dieser Richtung einschränkend ausgelegt werden.

§ 68.

Hohes Gehalt. Außereuropäische Niederlassung.

Die Vorschriften des § 67 finden keine Anwendung, wenn der Handlungsgehülfe einen Gehalt von mindestens fünftausend Mark für das Jahr bezieht.

Sie bleiben ferner außer Anwendung, wenn der Handlungsgehülfe für eine außereuropäische Handelsniederlassung angenommen ist und nach dem Vertrage der Prinzipal für den Fall, daß er das Dienstverhältniß kündigt, die Kosten der Rückreise des Handlungsgehülfen zu tragen hat.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** § 67.

I. **Gehalt von mindestens 5000 Mk. für das Jahr.** Gemeint ist nur festes Gehalt (§ 64 Anm. I b) ohne Berücksichtigung etwaiger in ihrer Höhe schwankender Bezüge (ebenso allgemeine Meinung, KG. 14 V 04 OLGRspr. 9 250), jedoch unter Einschluß des etwa gewährleisteten Mindestbetrages solcher schwankenden Bezüge (Düringer-Hachenburg Nr. II, Lehmann Nr. 2, Goldmann Anm. 1, Horrwitz § 27). Nicht zu berücksichtigen ist auch der Wert des nicht baren Teils der zugesagten Vergütung, z. B. von Wohnung und Kost (KG. 14 V 04 OLGRspr. 9 250). Wird mit einem Handlungsgehilfen, der unter 5000 Mk. bezieht, aber nach Inhalt des Vertrages nach bestimmter Zeit 5000 Mk. erhalten soll, vereinbart, daß, sobald er in die Gehaltsstufe von 5000 Mk. aufrücke, die Kündigung in anderer Weise als § 67 gestattet, zulässig sein solle, so ist diese Vereinbarung nichtig, weil der Gehilfe zur Zeit der Vereinbarung noch nicht die in § 68 erforderte wirtschaftliche Unabhängigkeit hatte (abweichend Staub Anm. 1). Wird dagegen ohne vorherige Vereinbarung über späteres Einrücken in die höhere Gehaltsstufe dem bisher für weniger als 5000 Mk. angestellten Gehilfen ein Gehalt von 5000 Mk. auf Grund des früheren Dienstvertrages gewährt, der eine nach § 67 unzulässige, aber nach § 68 zulässige Bestimmung enthält, so liegt hierin der Abschluß eines neuen Dienstvertrages (BGB. § 141, Staub Anm. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II, Goldmann Anm. 1; dagegen Horrwitz § 27). — Ist ein Gehalt von 5000 Mk. bedungen, so ist § 68 anwendbar, auch wenn das Vertragsverhältnis noch nicht ein Jahr hindurch bestanden hat, und auch, wenn — z. B. infolge Zahlungsunfähigkeit des Geschäftsherrn — die Zahlung nicht erfolgt ist.

II. **Anstellung für eine außereuropäische Handelsniederlassung.** Die Ausnahme ist schon zugelassen, wenn der Geschäftsherr mindestens für den Fall einer durch ihn erfolgenden Kündigung die Kosten der Rückreise zu tragen hat. Dies muß vertraglich („nach dem Vertrage") bedungen sein; ein nachträgliches einseitiges Erbieten des Geschäftsherrn genügt nicht. Der Gesetzgeber hat zunächst nur den Fall im Auge, wenn der Vertrag im Inland geschlossen ist und der Gehilfe sich zu dieser Zeit gleichfalls im Inland befindet. Unter Umständen kann jedoch auch, wenn jene Voraussetzungen oder eine von ihnen nicht vorliegen, ein solcher Vertrag nach deutschem Recht zu beurteilen sein. Man denke z. B. an die Verhältnisse der deutschen Kolonien. In solchen Fällen wird unter Rückreise sowohl eine Rückreise nach Deutschland wie eine Rückreise an den Aufenthaltsort des Gehilfen zur Zeit der Anstellung zu verstehen sein, und die ganze Vorschrift wird nur anzuwenden sein, wenn die übernommenen Kosten verhältnismäßig erhebliche sind.

§ 69.

Handlungsgehilfe zu vorübergehender Aushilfe.

Wird ein Handlungsgehülfe nur zu vorübergehender Aushülfe angenommen, so finden die Vorschriften des § 67 keine Anwendung, es sei denn, daß das Dienstverhältniß über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird. Die Kündigungsfrist muß jedoch auch in einem solchen Falle für beide Theile gleich sein.

ADH. — **Entw. I** § 62. **Entw. II** § 68.

I. **Voraussetzungen des § 69.**

a. **Annahme zu vorübergehender Aushilfe.** Da § 69 sich als Ausnahme von § 67 gibt, so setzt er voraus, daß ein an sich unter § 67 fallendes Rechtsverhältnis vorliegt. Daher findet er nur Anwendung, falls der Dienstvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen oder (§ 67 Abs. 3) zwar ursprünglich auf bestimmte Zeit geschlossen aber demnächst auf unbestimmte Zeit verlängert ist, und ferner, daß eine die gesetzliche Kündigungsfrist des § 66 abändernde Abrede getroffen ist. Unter § 69 fällt daher nicht eine Anstellung zur Aushilfe auf bestimmte kurze Zeit (§ 66 Anm. Ib). Ebensowenig eine Anstellung auf unbestimmte Zeit unter auflösender, nicht in die Willkür des Geschäftsherrn gestellter Bedingung (§ 67 Anm. I, z. B. unter der Bedingung, daß das Dienstverhältnis endigen solle, sobald der erkrankte Gehilfe, den der zur Aushilfe Angestellte vertreten soll, wiederhergestellt sei. Unter § 69 fällt auch nicht eine Anstellung zur Probe (§ 66 Anm. Ia); bei der Anstellung zur Aushilfe will man die Dienste eines fähigen Gehilfen für kurze Zeit erlangen, bei der Anstellung zur Probe will man die Fähigkeiten eines Gehilfen erproben, um ihn möglicherweise dauernd zu behalten (Staub Anm. 1, KG. 21 VI 99 KGBl. 80). Für die Anwendung des § 69 ist aber ferner vorausgesetzt, daß bei Vertragsschluß dem Gehilfen ausdrücklich oder doch stillschweigend erklärt ist, es handle sich nur um eine Anstellung zur Aushilfe; nicht unter § 69, sondern unter § 67 fällt daher eine Anstellung auf unbestimmte Zeit mit vereinbarter Kündigungsfrist, wenn der Geschäftsherr nur insgeheim sich vorbehielt, sobald er anderweit das Aushilfebedürfnis gehoben habe, dem Gehilfen zu kündigen. — Die Anstellung muß zu „vorübergehender" Aushilfe geschehen; hierunter ist zu verstehen, daß nicht schon von Anfang an eine längere als dreimonatliche Dauer in Aussicht genommen sein darf.

b. **Nichtfortsetzung des Dienstverhältnisses über die Zeit von drei Monaten hinaus.** Daß die Fortsetzung über mehr als drei Monate stattgefunden habe, muß beweisen, wer sich darauf beruft. Maßgebend ist nur die Tatsache der Fortsetzung, nicht die bei Vertragsschluß in Aussicht genommene etwaige kürzere Dauer. Das Dienstverhältnis ist über drei Monate hinaus noch nicht fortgesetzt, wenn die Kündigung vor Ablauf der drei Monate zu einem nach Ablauf der drei Monate liegenden Zeitpunkt erfolgt; da für die Gültigkeit der Kündigung das zur Zeit der Kündigungserklärung geltende Recht maßgebend ist, so ist eine solche Kündigung, wenn sie den Ausnahmebestimmungen des § 69 genügt, für gültig zu erachten. — Mit Ablauf der drei Monate wird die bisher gültige, dem § 69 genügende, aber dem § 67 widersprechende Abrede über die Kündigungsfrist für die Folgezeit ungültig. Für die Anwendung des BGB. § 139 in Bezug auf den ganzen Dienstvertrag ist in diesem Fall kein Raum, da auch in den Fällen, in denen man als dem Willen der Beteiligten entsprechend ansehen würde, daß wegen Nichtigkeit der Nebenabrede nunmehr das ganze Dienstverhältnis mit dem Ablauf von drei Monaten sein Ende erreiche, dies Dienstverhältnis infolge der in § 69 vorausgesetzten Fortsetzung als auf unbestimmte Zeit verlängert gelten würde (BGB. § 625). Das Dienstverhältnis besteht daher in jedem Fall fort. Ist die ganze Nebenabrede über die Kündigungsfrist dem § 67 widersprechend, so treten an deren Stelle die Bestimmungen des § 66 über die gesetzliche Kündigungsfrist; sind nur Teile jener Nebenabrede dem § 67 widersprechend, so ist insoweit BGB. § 139 anwendbar. Mithin treten an die Stelle der widersprechenden Teile die entsprechenden Bestimmungen des § 66, falls anzunehmen ist, daß die übrigen Teile der Neben-

abrede ohnedies vereinbart sein würden; anderenfalls treten an die Stelle der ganzen Nebenabrede die Vorschriften des § 66.

II. **Wirkung:** Der § 67 findet keine Anwendung, außer daß die Kündigungsfrist für beide Teile gleich sein muß. Die Vorschrift der Gleichheit der Kündigungsfrist ist zwingend („muß"). Über die Wirkung der Nichtigkeit einer entgegenstehenden Vereinbarung und darüber, ob auch eine Bestimmung nichtig ist, durch welche dem Gehilfen eine kürzere Kündigungsfrist als dem Geschäftsherrn eingeräumt wird, vgl. § 67 Anm. II.

§ 70.

Fristlose Kündigung.

Das Dienstverhältniß kann von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Theiles veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

ADH. Art. 62. **Entw. I** § 63. **Entw. II** § 69.

I. Wichtiger Grund.
II. Kündigung.
III. Folgen rechtmäßiger Kündigung.
IV. Folgen unrechtmäßiger Kündigung.

I. **Wichtiger Grund.**

a. **Allgemeines.** Die Bestimmung des § 70 Abs. 1 ist auch in das BGB. § 626 aufgenommen. Was als wichtiger Grund anzusehen, ist nicht näher bestimmt und daher nach den Umständen des einzelnen Falles und unter Berücksichtigung der Gesamtheit aller vielleicht als einzelne nicht ausreichenden Tatsachen (ROH. **19** 115) zu entscheiden. Die §§ 71 und 72 geben nur Anhaltspunkte, nur Beispiele (ROH. **6** 214, **10** 185, **19** 114), bestimmen aber nicht (BGB. § 628, HGB. § 70 Abs. 2, § 71 Nr. 1, § 72 Nr. 3), daß nur ein vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles in Betracht kommen soll (ROH. **21** 253, RG. **38** 27); auch braucht der Grund nicht notwendig in der Person desjenigen, dem gekündigt werden soll, entstanden zu sein (RG. **58** 257; vgl. § 71 Nr. 1). Auch ein Vorgang, der vor der Zeit des Vertragsschlusses liegt, kann unter Umständen erheblich sein (RG. 22 VI 00 JW. 624[10]; dagegen Staub Anm. 4, Düringer-Hachenburg Anm. I, Horrwitz § 29 II 5). Ebenso das Verhalten bei Vertragsabschluß (LG. I Berlin 9 I 04 KGBl. 58) und nach erfolgter fristloser Kündigung (RG. **32** 250). Ob bestimmte im Einzelfall vorliegende Gründe wichtige sind, ist vorwiegend nicht Rechts-, sondern Tatfrage und entzieht sich insoweit der Nachprüfung in der Revisionsinstanz (RG. 19 II 01 JW. 209[9]). Über die Wirkung der Geschäftsveräußerung und des Todes des Geschäftsherrn vgl. § 22 Anm. III h, über die Wirkung des Todes des Angestellten vgl. § 59 Anm. II i, über Konkurs des Geschäftsherrn vgl. unten Anm. I f, über Konkurs des Angestellten vgl. § 72 Anm. V b. — Die Wichtigkeit eines in der Person des Angestellten liegenden Grundes erhöht sich unter Umständen dadurch, daß der Angestellte in die häusliche Gemeinschaft des Geschäftsherrn aufgenommen ist (LG. I Berlin 22 IV 04 KGBl. 85). — Über die Voraussetzungen des Rechts des Ehemanns auf fristlose Kündigung eines Dienstverhältnisses der Ehefrau vgl. § 1 Anm. VII b 2.

b. **Vertragliche Festsetzung.** Im voraus kann vereinbart werden, daß bestimmte Tatbestände nicht als wichtige Gründe oder daß sie als wichtige Gründe für fristlose Kündigung gelten sollen. Werden vertraglich im voraus bestimmte Gründe als Auflösungsgründe vereinbart, so kann entweder ein Dienstvertrag unter auflösender Bedingung vorliegen, der unbeschränkt zulässig ist (§ 67 Anm. I), oder es war nur beabsichtigt, die Zulässigkeit der Kündigung ohne Frist für bestimmte Fälle zu vereinbaren. War letzteres beabsichtigt, so gilt die Kündigungsvereinbarung nur, soweit die Gründe wirklich wichtige sind; anderenfalls greift § 67 ein. Nicht zu billigen, weil die Tragweite der zwingenden Vorschriften des § 67 zu weit einschränkend, ist die Ansicht (LG. I Berlin 13 III 99 KGBl. 57), die vertragsmäßige Fest-

setzung von Gründen fristloser Kündigung sei stets wirksam, außer wenn der festgesetzte Kündigungsgrund voraussichtlich immer vorhanden sein, mithin auf diesem Weg die jederzeitige fristlose Kündigung in das Belieben des einen Teils gestellt werden würde. — Eine Einschränkung der Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarung von wichtigen Gründen der Entlassung oder des Austritts aus der Arbeit ist in GewO. § 139 k Abs. 3 vorgeschrieben für offene Verkaufsstellen mit zugehörigen Schreibstuben und Lagerräumen, in denen in der Regel mindestens zwanzig Gehilfen und Lehrlinge beschäftigt werden.

c. **Unerheblichkeit der Nichtkenntnis** des wichtigen Grundes. Die Kündigung ohne Frist ist zulässig, wenn nur ein wichtiger Grund vorliegt; unerheblich ist, ob der Kündigende den Grund zur Zeit der Kündigung bereits kannte, oder ob er ihn erst nachträglich erfahren hat; es ist daher auch unerheblich, ob der Kündigende bei der Kündigung überhaupt Gründe, und ob er die wirklich wichtigen namhaft macht (ROH. 21 252, RG. 56 373, OLG. Dresden 2 II 01 OLGRspr. 3 79, OLG. Kiel 9 VII 03 OLGRspr. 7 384; vorausgesetzt auch in RG. 32 250, RG. 29 IX 03 JW. 389[20]).

d. **Verzeihung.** Verziehene Vorgänge können später, falls eine neue Pflichtwidrigkeit sich ergibt, dennoch zur Beurteilung des Gesamtverhaltens unter dem Gesichtspunkt eines wichtigen Entlassungsgrundes herangezogen werden (ROH. 17 222, RG. 51 91). Dagegen liegt in der Regel darin, daß von Kündigungsgründen trotz Kenntnis längere Zeit kein Gebrauch gemacht wird, ein Verzicht auf dies Recht oder doch der Ausdruck des Willens, daß das betreffende Vorkommnis für sich allein, ohne Hinzutritt etwaiger späterer Umstände, nicht als wichtiger Grund zur Kündigung gelten soll (RG. 38 116, 51 91, RG. 22 VI 00 JW. 624[10]; dahingestellt ROH. 17 221). Ist jener wichtige Grund ein fortdauernder, so kann der Kündigungsberechtigte zwar seinen Willen, jenen Grund zu dulden, später ändern, muß jedoch dann zunächst den anderen, wenn es in dessen Macht liegt, auffordern, den Grund zu beseitigen (RG. 38 117).

e. **Feststellungsklage.** Eine Klage auf Feststellung, daß ein wichtiger Grund zur Kündigung gegeben sei, ist nach Eintreten des wichtigen Grundes, aber vor Aussprechen der Kündigung, in der Regel zulässig (CPO. § 256; dagegen RG. 14 X 02 JW. 606[7], einschränkend auch OLG. Kiel 25 II 02 OLGRspr. 5 53), denn das Bestehen eines Rechts zu fristloser Kündigung ist ein Rechtsverhältnis, und die Beteiligten haben in der Regel ein Interesse an alsbaldiger Feststellung, ob ein solches Recht besteht. Ob nach Kündigung Feststellungsklage zulässig, vgl. unten Anm. III b, IV a.

f. **Konkurs des Geschäftsherrn.** Hierüber enthält Sonderbestimmungen die Konkursordnung:

§ 22. „Ein in dem Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältnis kann von jedem Teil gekündigt werden. Die Kündigungsfrist ist, falls nicht eine kürzere Frist bedungen war, die gesetzliche.

Kündigt der Verwalter, so ist der andere Teil berechtigt, Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens zu verlangen."

§ 23. „Ein von dem Gemeinschuldner erteilter Auftrag erlischt durch die Eröffnung des Verfahrens, es sei denn, daß der Auftrag sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht. Erlischt der Auftrag, so finden die Vorschriften des § 672 Satz 2 und des § 674 BGB. entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt, wenn sich jemand durch einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag verpflichtet hat, ein ihm von dem Gemeinschuldner übertragenes Geschäft für diesen zu besorgen."

Liegt ein unter § 23 Abs. 2 fallender Vertrag vor, so erlischt nicht etwa nur der Auftrag zur Geschäftsbesorgung, sondern der ganze Dienst- oder Werkvertrag, so daß nicht etwa neben § 23 Abs. 2 insoweit § 22 anwendbar bleibt (Jaeger[3] § 23 Anm. 7; dagegen D. 73). Ob trotz Kündigung des Konkursverwalters ein vertragliches Wettbewerbsverbot wirksam bleibt, vgl. § 75 Anm. I b. Daß im Fall des Konkurses des Geschäftsherrn der Gehilfe außer gemäß KO. § 22 in der Regel auch gemäß HGB. § 70, also statt mit gesetzlicher Frist auch fristlos kündigen könne (so Staub Anm. 23 und bei Agenten D. 73), ist nicht anzunehmen

(ebenso bei Agenten Immerwahr 199), denn die für den Fall des Konkurses in der KO. gegebenen Sondervorschriften sollen den Fall des Konkurses erschöpfend regeln. Über den Konkurs des Angestellten als wichtigen Grund zu fristloser Kündigung vgl. § 72 Anm. Vb.

II. **Kündigung.** Vgl. § 66 Anm. III.

a. **Zulässigkeit.** Die Kündigung wegen wichtigen Grundes ist zulässig sowohl, wenn der Dienstvertrag auf bestimmte, wie auch, wenn er auf unbestimmte Zeit geschlossen (KG. 20 X 00 OLGRspr. 1 365), namentlich auch, wenn er auf Lebenszeit eingegangen ist (OLG. Stuttgart OLGRspr. 2 503). Hatte der Gehilfe eine Vertragsstrafe für den Fall vorzeitigen Austritts versprochen, so ist diese nicht verfallen, wenn der Geschäftsherr die Kündigung verschuldet hat (KG. 20 X 00 OLGRspr. 1 365). Dagegen ist sie verfallen, wenn weder Geschäftsherr noch Gehilfe das Eintreten des wichtigen Grundes verschuldet haben, und der Gehilfe kündigt. Nicht auch, wenn in solchem Fall der Geschäftsherr kündigt (dagegen OLG. Oldenburg 19 IX 00 OLGRspr. 1 366). Der zu fristloser Kündigung Berechtigte kann die Kündigung nicht nur zu sofort, sondern auch zu einem späteren, vor Ablauf der gewöhnlichen Kündigungsfrist liegenden Zeitpunkt aussprechen (OLG. Kiel 9 VII 03 OLGRspr. 7 384).

b. **Unterscheidung von ähnlichen Fällen.**

1. Verzicht auf die Dienstleistung. Verschieden von dem Fall der Kündigung des Vertrages ist der Fall des Verzichts auf die Tätigkeit des Gehilfen. Liegt ein Fall letzterer Art vor, so besteht der Dienstvertrag mit Rechten und Pflichten fort; jedoch kann unter Umständen der Handlungsgehilfe gerade deshalb, weil er dadurch verhindert ist, eine andere Beschäftigung zu suchen, und weil er andererseits nicht müßig zu gehen braucht, einen wichtigen Grund erlangen, die Vertragsaufhebung zu fordern. Das bloße Weigern der Gehaltszahlung, unter Umständen sogar in Verbindung mit Untersagung der Dienstverrichtungen, enthält keine Kündigung (vgl. RG. 14 X 02 JW. 606 [7]).

2. Erklärung des Nichtgebundenseins an den Vertrag oder des Rücktritts. Zu unterscheiden von dem Fall der Kündigung auf Grund des § 70 ist auch der Fall der Erklärung des Nichtgebundenseins an den Vertrag wegen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit (z. B. wegen Irrtums oder Täuschung) sowie des Rücktritts vom Vertrag wegen einer vom anderen Teil verschuldeten Unmöglichkeit der Erfüllung. Hierfür bleiben die allgemeinen Bestimmungen (BGB. §§ 116ff., 325) maßgebend. Als Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft der Person (§ 119 Abs. 2) wurde z. B. erachtet die Unkenntnis von der zerrütteten Vermögenslage eines Prokuristen, dem die Leitung einer Zweigniederlassung mit erheblichen Vermögenswerten übertragen werden sollte (RG. 12 102), von der Verschuldung eines zu einem sonstigen Vertrauensposten Bestimmten (RG. 11 IV 05 JW. 365 [1]) oder von einer Vorbestrafung des Angestellten wegen Betruges (OG. Braunschweig 8 I 58 ZHR. 8 171). Als eine die Anfechtung des Vertrages rechtfertigende Täuschung wurde angesehen die Angabe, der Anzustellende sein „langjähriger, tüchtiger Reisender", während er nur zeitweise und in den letzten drei Jahren gar nicht als Reisender tätig war (KG. 21 VI 99 KBBl. 81).

III. **Folgen rechtmäßiger Kündigung.**

a. **Anspruch des Angestellten auf Vergütung für bisherige Leistungen.** Hierüber bestimmt BGB. § 628 Abs. 1:

> „Wird nach dem Beginne der Dienstleistung das Dienstverhältnis auf Grund des § 626" (gleichlautend mit HGB. § 70 Abs. 1) „. . . gekündigt, so kann der Verpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Kündigt er, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles dazu veranlaßt zu sein, oder veranlaßt er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teiles, so steht ihm ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben. Ist die Vergütung für eine spätere Zeit im voraus entrichtet, so hat der Verpflichtete sie nach Maßgabe des § 347 oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten."

b. **Anspruch des Angestellten oder des Geschäftsherrn auf Schadensersatz für die Zukunft.** Der § 70 Abs. 2 ist wörtlich gleichlautend mit BGB. 628 Abs. 2. — Nur wenn die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlaßt ist, tritt die Schadensersatzpflicht des letzteren ein. Unter dem „veranlaßt" in Abs. 2 ist nichts anderes zu verstehen, als unter dem „vorliegt" in Abs. 1, und daher werden bei Anwendung auch des Abs. 2 nachträglich ermittelte Gründe mit in Betracht zu ziehen sein. Vertragswidriges Verhalten im Sinn des BGB. § 628 Abs. 2 liegt nur vor, wenn derjenige, dem gekündigt ist, die sachlich vorliegende Vertragswidrigkeit zu vertreten (in der Regel also verschuldet) hat (Prot. 2. Lesg. BGB. 2 306, Planck[3] § 628 Anm. 3b). Der gleich beschränkte Sinn ist § 70 Abs. 2 zu verbinden (Staub Anm 14, OLG. Hamburg 8 II 04 OLGRspr. 8 255). Kein vertragswidriges Verhalten liegt z. B. darin, daß der Geschäftsherr auf Grund eines nicht leichtsinnig gefaßten Verdachts der Unterschlagung Strafanzeige gegen den Angestellten erstattet (OLG. Hamburg 8 II 04 OLGRspr. 8 255). — Ist hiernach der Angestellte schadensersatzpflichtig, so kann der Geschäftsherr z. B. auch den Schaden anrechnen, den er durch Anstellung eines mit dem Geschäft noch nicht vertrauten an Stelle des abgehenden damit vertrauten Gehilfen (ROH. 1 40) oder den er durch Anstellung eines höher zu besoldenden Gehilfen an Stelle eines in der Ausbildung bereits vorgeschrittenen Lehrlings (ROH. 1 33) gehabt hat. Zu dem Schaden gehören auch die aufgewendeten Kosten für Erlangung einer anderen Dienststelle bzw. eines anderen Angestellten (Düringer-Hachenburg Anm. VII). Wie die Höhe des dem Gehilfen entstandenen Schadens zu berechnen, vgl. unten Anm. IV b 2. Kein Schaden ist dem Handlungsgehilfen entstanden, insoweit er infolge der Befreiung von der Dienstleistungspflicht etwas erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erworben hat; kein ursächlicher Zusammenhang des Schadens mit dem vertragswidrigen Verhalten des anderen Teils besteht, insoweit der Gehilfe böswillig unterlassen hat, durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft zu erwerben. — Wer gekündigt hat, kann Feststellung verlangen, daß dem anderen keine Ansprüche aus dem Vertrag für die Zeit nach dem Zeitpunkt, zu dem gekündigt ist, zustehen (RG. 14 X 02 JW. 606 [7]); ob schon vor Kündigung Feststellungsklage zulässig, vgl. oben Anm. I e.

IV. **Folgen unrechtmäßiger Kündigung.**

a. **Gemeinsames** für Kündigung des Geschäftsherrn und Kündigung des Angestellten. Eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung endigt nicht den Dienstvertrag; vielmehr bleibt trotz solcher Kündigung der Vertragsanspruch auf Erfüllung bestehen, nicht etwa tritt an dessen Stelle alsbald ein Schadensersatzanspruch (OLG. Colmar 25 IV 94 ZHR. 46 491). Da jedoch die unzulässige Kündigung im Zweifel zugleich als allfällige Kündigung zum nächsten nach Vertrag oder Gesetz zulässigen Zeitpunkt aufzufassen ist (§ 66 Anm. III b), so besteht der Anspruch in der Regel nur für die Zeit bis zu jenem Zeitpunkt, zu welchem dann das Vertragsverhältnis endet. Der Empfänger der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung hat aber auch das Recht, diese Kündigung wie ein Angebot zu sofortiger vertraglicher Aufhebung des Dienstvertrags zu behandeln (§ 66 Anm. III b) und demgemäß zu erklären, daß er die Kündigung als eine rechtmäßige gelten lassen wolle. — Eine Klage auf Feststellung, daß die erfolgte Kündigung unrechtmäßig ist, wird in der Regel nach CPO. § 256 zulässig sein (vgl. auch oben Anm. I e). — Aus Anlaß der Kündigung können unter Umständen auch gegenüber einem Dritten Ansprüche entstehen; so z. B. ein Schadensersatzanspruch, wenn auf dessen absichtlich unwahre Angaben hin die fristlose Kündigung erfolgt ist (BGB. § 826, KG. 20 II 00 KGBl. 01 21).

b. **Des Geschäftsherrn** Kündigung insbesondere.

1. Vertragsanspruch des Angestellten auf Vergütung. Der Anspruch des Gehilfen auf Erfüllung (oben Anm. IV a) besteht in der Regel nur in seinem Anspruch auf die vertragliche Vergütung (§ 59 Anm. II c, e). Da dieser Anspruch Vertragsanspruch ist, unterliegt er den Beschränkungen der Pfändbarkeit (CPO. § 850 Nr. 1) von Dienstlohnforderungen (OLG. Colmar 25 IV 94 ZHR. 46 491, OLG. Kiel 28 V 03 OLGRspr. 7 320), ist bevorrechtigt im Konkurs nach KO. § 61 Nr. 1 und verjährbar nach BGB. § 194 Nr. 8.

Da der Gehilfe in der Regel vorzuleisten hat (BGB. § 614), so ist aber sein Vergütungsanspruch abhängig von vorheriger eigener Erfüllung der Dienstleistungspflicht (BGB. § 320). Daher muß der Handlungsgehilfe, dem zu Unrecht gekündigt ist, fortfahren, seine Dienste zu leisten.

Anders nur, wenn entweder die Dienstleistung unmöglich geworden oder der Geschäftsherr in Annahmeverzug ist. Eine vom Geschäftsherrn zu vertretende Unmöglichkeit liegt z. B. vor, wenn er dem Gehilfen das fernere Betreten der Geschäftsräume untersagt (ROH. 2 285) oder ihm gebietet, künftig jede Dienstleistung für ihn zu unterlassen (vgl. Bolze 11 Nr. 340). Im Fall einer durch den Geschäftsherrn zu vertretenden Unmöglichkeit wird der Gehilfe von der Verpflichtung zur Dienstleistung frei (BGB. § 275 Abs. 1) und behält den Anspruch auf die Gegenleistung des Geschäftsherrn (BGB. § 324 Abs. 1 Satz 1). „Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt" (BGB. § 324 Abs. 1 Satz 2). Annahmeverzug des Geschäftsherrn liegt nicht schon dann vor, wenn er in einer Weise, die keine Unmöglichkeit fernerer Dienstleistung des Gehilfen herbeiführt, z. B. nur durch die Worte: „ich kündige Ihnen zu sofort", bestimmt erklärt hat, daß er die Leistungen des Gehilfen ferner nicht entgegennehmen wolle (§ 373 Anm. VI b 1), sondern erst nachdem daraufhin der Gehilfe die Fortsetzung der Dienstleistung noch wörtlich (schriftlich oder mündlich) angeboten hat (BGB. § 295, LG. I Berlin 30 V 02 KGBl. 109, KG. 21 IX 03 OLGRspr. 7 472, vgl. RG. 50 210; dagegen Stein KGBl. 03 36, Horrwitz § 28 weil das Angebot für die Zukunft bereits im ursprünglichen Beginn der Dienstleistung liege, OLG. Cassel 15 XII 04 OLGRspr. 10 179 weil BGB. § 295 nur vorschreibe, daß wörtliches Angebot „genüge", nicht, daß es erforderlich sei). Ein solches Angebot fernerer Dienstleistung wird aber im Zweifel bereits in der Erklärung des Gehilfen liegen, daß er mit der Entlassung nicht einverstanden sei. Für den Fall des Annahmeverzugs des Geschäftsherrn ist maßgebend BGB. § 615: „Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muß sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt." Anzurechnen ist nur, was mit demjenigen Teil der Arbeitskraft verdient ist oder verdient werden konnte, den der Dienstverpflichtete dem Dienstberechtigten zur Verfügung zu stellen verpflichtet war (RG. 58 404). Anzurechnen ist einheitlich, was während der gesamten Zeit anderweit verdient ist; nicht etwa findet die Anrechnung in der Weise statt, daß der während eines Teilabschnitts der Gesamtzeit verdiente Betrag nur je auf das für denselben Teilabschnitt geschuldete Gehalt anzurechnen ist, so daß ein während dieses Teilabschnitts erzielter Überschuß dem Angestellten frei von der Pflicht zur Anrechnung auf das Gehalt anderer Teilabschnitte verbliebe (RG. 58 404). Was der Dienstberechtigte in Unkenntnis des anderweiten Verdienstes des Dienstverpflichteten diesem gezahlt hat, kann von ersterem zurückgefordert werden (RG. 58 405). — Wer im Fall der Unmöglichkeit oder des Annahmverzugs einen anderweiten Erwerb des Gehilfen oder dessen böswillige Unterlassung behauptet, hat die in Betracht kommenden Tatsachen darzutun und zu beweisen (ROH. 17 221).

Endet eine zeitweise Unmöglichkeit oder ein zeitweiliger Annahmeverzug des Geschäftsherrn (z. B. indem dieser sein Verbot des Betretens der Geschäftsräume und seine Weigerung, den Gehilfen ferner zu beschäftigen, zurückzieht), so tritt grundsätzlich die Dienstleistungspflicht des Gehilfen wieder in Kraft. Indessen sind zwei Einschränkungen zu machen. Erstens kann im Einzelfall der Gehilfe nunmehr zu fristloser Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt sein (vgl. Bolze 11 Nr. 340), z. B. wegen Nichtgewährung des Gehalts (§ 71 Nr. 2) oder der in den begleitenden Umständen der fristlosen Kündigung des Geschäftsherrn liegenden erheblichen Ehrverletzung (§ 71 Nr. 4); nicht stets aber liegt in fristloser Kündigung des Geschäftsherrn eine Ehrverletzung, zumal solche Kündigung

nicht nur auf einen in der Person des Gehilfen liegenden Grund gestützt werden darf; auch kann das Kündigungsrecht des Gehilfen durch Verzeihung (oben Anm. I d) erloschen sein, z. B. wenn er nach Kündigung des Geschäftsherrn weitere Dienstleistung angeboten hat. Zweitens ist der Geschäftsherr dem Gehilfen schadensersatzpflichtig (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I c) in Ansehung desjenigen, was der Gehilfe, wenn er nunmehr die früheren Dienste wieder verrichten will, aufwenden muß, um ein anderes dauerndes Dienstverhältnis zu lösen, das er eingegangen ist im Vertrauen darauf, daß der Geschäftsherr bei seinen Erklärungen beharren werde.

2. Rechte des Angestellten aus Schuldnerverzug. Die Rechte aus Schuldnerverzug des Geschäftsherrn knüpfen sich nicht unmittelbar an dessen fristlose Kündigung, sondern an eine etwaige Nichtzahlung der Vergütung bei Fälligkeit oder (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I c) vorher bestimmt erklärte Zahlungsweigerung. Maßgebend sind die Bestimmungen des BGB. §§ 286 Abs. 1, 326, 283 (Näheres über deren Auslegung in Vorbem. zu §§ 375, 376). Sie sind neben §§ 70 ff. anwendbar und werden namentlich von Wichtigkeit sein, wenn es sich darum handelt, den Gehilfen von seiner trotz der unrechtmäßigen Kündigung des Geschäftsherrn fortbestehenden (oben zu 1) Gegenleistungspflicht endgültig freizumachen (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XI b). Der gemäß BGB. § 326 etwa begründete Schadensersatzanspruch wird in der Regel gleich hoch sein wie die dem Gehilfen nach dem Vertrag zustehende Gegenleistung (RG. 36 53), so daß ihm auch dann in der Regel ein Anspruch auf Zahlung des Gehalts für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder für den Rest der vertragsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses zusteht (D. 61), abzüglich dessen, was er anderweit erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlassen hat. Statt gemäß § 326 vorzugehen, wird der Gehilfe in vielen Fällen auch gemäß § 71 Nr. 2 fristlos kündigen und dann gemäß § 70 Abs. 2 Schadensersatz fordern können.

c. **Des Handlungsgehilfen** Kündigung insbesondere.

1. Vertragsanspruch des Geschäftsherrn auf Dienstleistung und Unterlassung von Eigenhandel. Der Geschäftsherr kann diesen Anspruch (§ 59 Anm. II b) geltend machen. Da jedoch die Dienstleistung nicht unmittelbar erzwingbar ist (§ 59 Anm. II b), so wird es nur selten zweckmäßig sein, diesen Weg einzuschlagen. Auch die Rechte aus §§ 60, 61 können vom Geschäftsherrn geltend gemacht werden, wenn im Einzelfall ein gegen § 60 verstoßender Handel des Gehilfen in eigenem oder fremdem Namen stattgefunden hat.

2. Rechte des Geschäftsherrn aus Schuldnerverzug. Die Rechte aus Schuldnerverzug des Handlungsgehilfen knüpfen sich nicht unmittelbar an dessen fristlose Kündigung, sondern an eine etwaige Unterlassung der Denstleistung oder (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I c) vorher bestimmt erklärte Weigerung fernerer Dienstleistung. Vgl. entsprechend oben Anm. IV b 2; über mögliche Arten der Schadensbegründung vgl. oben Anm. III b. Statt gemäß BGB. § 326 vorzugehen, wird der Geschäftsherr in vielen Fällen auch gemäß § 72 Nr. 2 fristlos kündigen und dann gemäß § 70 Abs. 2 Schadensersatz fordern können.

§ 71.

Wichtige Kündigungsgründe des Handlungsgehilfen.

Als ein wichtiger Grund, der den Handlungsgehülfen zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, ist es, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurtheilung rechtfertigen, namentlich anzusehen:

1. wenn der Handlungsgehülfe zur Fortsetzung seiner Dienste unfähig wird;
2. wenn der Prinzipal den Gehalt oder den gebührenden Unterhalt nicht gewährt;
3. wenn der Prinzipal den ihm nach § 62 obliegenden Verpflichtungen nachzukommen verweigert;

4. wenn sich der Prinzipal Thätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen oder unsittliche Zumuthungen gegen den Handlungsgehülfen zu Schulden kommen läßt oder es verweigert, den Handlungsgehülfen gegen solche Handlungen eines anderen Angestellten oder eines Familienangehörigen des Prinzipals zu schützen.

ADH. Art. 63. **Entw. I** § 64. **Entw. II** § 70.

I. **Unfähigkeit des Handlungsgehilfen zur Fortsetzung des Dienstes (Nr. 1).** Das Wort „Unfähigkeit" deutet auf eine in der Person des Gehilfen eintretende Behinderung. Namentlich wird daher der Fall der Krankheit in Betracht kommen. Kündigt der Gehilfe, so endet sein nach § 63 begründeter Anspruch auf Weiterzahlung des Gehalt (§ 63 Anm. II b).

II. **Nichtgewährung von Gehalt oder Unterhalt (Nr. 2).** Die Worte „Gehalt oder Unterhalt", die aus ADH. Art. 63 übernommen sind, müssen ausdehnend als alle Gegenleistungen einschließend ausgelegt werden (vgl. § 63 Anm. III, § 64 Anm. I b). Das „Nichtgewähren" braucht kein ausdrückliches Verweigern zu sein. Andererseits muß ein Nichtgewähren des als Ganzes aufgefaßten „Gehalts oder Unterhalts" vorliegen (dagegen Horrwitz § 31). Daher genügt nicht Verzögerung in der Zahlung einer einzelnen Rate, wenn die Verzögerung auf Fahrlässigkeit oder Zufall (z. B. Ausbleiben einer erwarteten Geldsendung, Verlust des Kassenschlüssels; KB. 35) beruht, oder Verweigerung eines verhältnismäßig unbedeutenden Teiles infolge einer Meinungsverschiedenheit über die Berechtigung dieses Teiles des Anspruchs (OLG. Hamburg 21 X 03 OLGRspr. 7 385). Dagegen genügt eine Verzögerung in der Gehaltszahlung, wenn sie absichtlich oder infolge erheblicherer Zahlungsstockung (Horrwitz § 31) erfolgt. Ebenso genügt ausdrückliche Verweigerung einer Rate aus Gründen, die das Gehalt als Ganzes treffen. Hat der Gehilfe wiederholt Unpünktlichkeiten bei Gehaltszahlung sich gefallen lassen, so kann er die Unpünktlichkeit bei einer ferneren Rate als Grund zu fristloser Kündigung nur benutzen, wenn er dem Geschäftsherrn vorher mitgeteilt hat, daß er eine weitere Unpünktlichkeit nicht zulassen wolle (Horrwitz § 31).

III. **Verweigerung der Fürsorge für Gesundheit, gute Sitte, Anstand usw. (Nr. 3).** Eine Verweigerung liegt nur vor, wenn der Gehilfe den Geschäftsherrn vergeblich um Abhilfe angegangen ist (KB. 34, StenB. 57, Goldmann Anm. 1; abweichend bei „schreienden, dem Geschäftsherrn bekannten Mißbräuchen" Düringer-Hachenburg Anm. IV, Staub Anm. 4); dann genügt aber nicht nur die ausdrückliche, sondern auch die stillschweigende, in tatsächlicher Nichtänderung der bemängelten Einrichtung liegende Weigerung (KB. 34, StenB. 57).

IV. **Tätlichkeiten, Ehrverletzungen, unsittliche Zumutungen (Nr. 4).** Jede Tätlichkeit; auch wenn sie nach StGB. nicht Körperverletzung, sondern tätliche Beleidigung ist; wohl nur versehentlich wird in KB. 34 die tätliche Beleidigung zu den Ehrverletzungen im Sinn des § 71 Nr. 4 gestellt; „Tätlichkeit" ist weiter als die im früheren Art. 63 ADH. genannte „tätliche Mißhandlung". Aber nur erhebliche Ehrverletzungen (wörtlich oder symbolisch) durch den Geschäftsherrn geben einen Grund zu sofortiger Kündigung. So z. B. der in Gegenwart anderer ausgesprochene unbegründete Vorwurf des Diebstahls (LG. I Berlin 4 X 00 KGBl. **01** 10). Auch eine erhebliche Ehrverletzung ist kein wichtiger Kündigungsgrund, wenn der Gehilfe durch erhebliche Nachlässigkeit im Dienst, ungehörige Widerworte oder sonst den Geschäftsherrn hierzu gereizt hat (OLG. Hamburg 13 VII 04 OLGRspr. 9 251). — Unsittliche Zumutung ist z. B. die Aufforderung zu falscher Buchführung, zur Mitwirkung bei Verletzung von Strafbestimmungen, über unlauteren Wettbewerb, Arbeiterschutz oder Zwangsversicherung, oder zur Begehung von unsittlichen, wenngleich nicht strafbaren Handlungen. — Ist die Tätlichkeit, Ehrverletzung oder unsittliche Zumutung nicht vom Geschäftsherrn selbst, sondern von einem anderen Angestellten oder Familienglied des Geschäftsherrn vorgenommen, so muß ein in der Verweigerung des Schutzes liegendes vertragswidriges Verhalten (§ 70 Anm. III b) des Geschäftsherrn hinzukommen (KB. 35), um fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Daher ist eine fristlose Kündigung ungerechtfertigt z. B., wenn der Geschäftsherr nach seinen Ermittelungen annehmen durfte, daß in Wahrheit keine derartige Handlung vorgekommen sei (dagegen AG. I Berlin 12 IV 99 KGBl. 65). Was unter „Verweigern" zu verstehen, s. Anm. III. In besonderen Ausnahmefällen kann allerdings auch die

die Handlung eines anderen Angestellten oder Familiengliedes des Geschäftsherrn einen Grund abgeben, selbst bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 71 Nr. 4 sofort gemäß der allgemeinen Bestimmung des § 70 zu kündigen (KB. 35).

V. **Sonstige wichtige Gründe.** Vgl. § 70 Anm. I. Über Nichterteilung einer zugesagten Prokura oder Entziehung einer Prokura vgl. § 52 Anm. I b. Über ungerechtfertigte fristlose Kündigung des Geschäftsherrn vgl. § 70 Anm. IV b 1. Über Geschäftsveräußerung und Tod des Geschäftsherrn vgl. § 22 Anm. III h.

§ 72.

Wichtige Kündigungsgründe des Geschäftsherrn.

Als ein wichtiger Grund, der den Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, ist es, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurtheilung rechtfertigen, namentlich anzusehen:

1. wenn der Handlungsgehülfe im Dienste untreu ist oder das Vertrauen mißbraucht oder die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung verletzt;
2. wenn er seinen Dienst während einer den Umständen nach erheblichen Zeit unbefugt verläßt oder sich beharrlich weigert, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen;
3. wenn er durch anhaltende Krankheit, durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit oder durch eine die Zeit von acht Wochen übersteigende militärische Dienstleistung an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird;
4. wenn er sich Thätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Prinzipal oder dessen Vertreter zu Schulden kommen läßt.

Erfolgt die Kündigung, weil der Handlungsgehülfe durch unverschuldetes Unglück längere Zeit an der Verrichtung seiner Dienste verhindert ist, so wird dadurch der im § 63 bezeichnete Anspruch des Gehülfen nicht berührt.

ADH. Art. 64. **Entw. I** § 65. **Entw. II** § 71.

I. **Untreue, Vertrauensmißbrauch, verbotener eigener Handel (Nr. 1).**

a. **Untreue und Vertrauensmißbrauch.** Mit „Untreue" ist nicht auf den Begriff des StGB. verwiesen (OLG. Cassel 9 II 92 ZHR. **42** 517, OLG. Bamberg 12 IV 02 OLGRspr. **5** 269). Untreu ist z. B. ein bestechlicher Einkäufer (KG. 20 II 00 KGBl. **01** 21). Vertrauensmißbrauch ist z. B. ein Verbreiten ungünstiger Nachrichten über die Geschäftsverhältnisse des Geschäftsherrn, selbst wenn sie wahr sind, oder der Verrat anderer Geschäftsgeheimnisse (ROH. **19** 115, OLG. Cassel 9 II 92 ZHR. **42** 517), Vorspiegelung von Krankheit, um einen Vergnügungsausflug zu machen, und Verleitung eines Lehrlings, dem Geschäftsherrn entsprechende falsche Angaben zu machen (HG. Stuttgart 15 II 67 ZHR. **21** 564), Vorspiegelung einer Tätigkeit als Reisender an bestimmtem Ort, während in Wahrheit zu Privatzwecken eine Reise an einen anderen Ort ausgeführt wurde (OLG. Bamberg 12 IV 02 OLGRspr. **5** 269), Aufgabe erdichteter Bestellungen (ROH. **21** 394; einschränkend OLG. Dresden 29 I 01 OLGRspr. **3** 78), Einwirkung auf Kunden des Geschäftsherrn zugunsten eines Wettbewerbsgeschäfts (OLG. Zweibrücken 26 III 02 HoldheimsMSchr. **03** 210), die bei bestehendem Wettbewerbsverbot unternommene Vorbereitung zur Gründung eines Wettbewerbsgeschäfts und der Versuch der Gewinnung eines Angestellten des Geschäftsherrn für dies Geschäft (RG. 26 IX 95 ZHR. **46** 491), jedoch nicht auch in anderen Fällen der Versuch eines Angestellten, einen anderen Angestellten zur Kündigung behufs Eintritt in ein von ersterem neu zu gründendes Wettbewerbsgeschäft zu veranlassen (BerlHandelsgebr. **2** 31; dagegen ROH. **19** 115). Vertrauensmißbrauch liegt in der Zeichnung eines Beitrags zur Unterstützung eines unter Vertragsbruch begonnenen Ausstands im Geschäftszweig des Geschäftsherrn, wenn ein Versuch zur Ausdehnung des Ausstands auch auf den Betrieb des

Geschäftsherrn zu erwarten ist und der Zeichnende eine Vertrauensstellung, insbesondere eine Aufsichtsstellung gegenüber Arbeitern der vom Ausstand ergriffenen Art einnimmt, zumal wenn er annehmen muß, daß seine Zeichnung zur Kenntnis dieser Arbeiter gelangt (KG. 2 IV 98 KGBl. 46). Ebenso enthält einen Vertrauensmißbrauch die unbefugte Eröffnung eines an den Geschäftsherrn gerichteten (und als solcher äußerlich erkennbaren) Privatbriefs (RG. 22 VI 00 JW. 624[10]). Dagegen ist weder Untreue im Dienst noch Vertrauensmißbrauch sondern ein erlaubtes Kampfmittel in der Abrede der mehreren Handlungsgehilfen eines Geschäftsherrn zu finden, daß sie Forderungen bezüglich der Arbeitsbedingungen gemeinsam stellen und, wenn daraufhin der Geschäftsherr einem von ihnen kündige, sämtlich ihm kündigen wollen (dagegen OLG. Dresden 18 X 02 OLGRspr. 6 4). Als Vertrauensmißbrauch ist ferner Entlassungsgrund z. B. die Mitteilung geheim zu haltender Tatsachen an Dritte, so unter Umständen eine Mitteilung über die Rentabilität des Geschäfts (ROH. 19 115, OLG. Kassel 9 II 92 ZHR. 42 517), widerrechtliche (vgl. § 59 Anm. II d) Zurückbehaltung von Gegenständen des Geschäftsherrn (ROH. 19 115), Zurückbehaltung erhobener Gelder in Aufrechnung mit erst künftig fälligem Gehalt (Str. 28 208) oder sonst ohne gegründete Ursache, selbst wenn Untreue nicht streng erwiesen ist (ROH. 4 402).

b. **Verbotener eigener Handel.** Über Verletzung der nach § 60 obliegenden Verpflichtung durch verbotenen Gewerbebetrieb oder verbotene Geschäfte vgl. § 61 Anm. I. — Kein wichtiger Kündigungsgrund wurde in einem Fall als vorliegend erachtet, in welchem ein dem betreffenden Handlungsgehilfen Vorgesetzter (der gleichfalls Handlungsgehilfe war) ihn zur Übernahme einer Agentur veranlaßt hatte, durch deren Wahrnehmung seine Tätigkeit für den ersten Geschäftsherrn nicht geschmälert wurde (OLG. Colmar 13 V 04 OLGRspr. 9 249).

II. **Verlassen oder Weigerung des Dienstes (Nr. 2).**

a. **Verlassen** des Dienstes ist Entlassungsgrund nur, wenn es unbefugt, und wenn es während einer den Umständen nach erheblichen Zeit geschieht.

1. Unbefugt. Das Fernbleiben vom Dienst ist allemal vertragswidrig, wenn nicht eine genügende Entschuldigung für das Fernbleiben vorliegt; ersteres ist die Regel, letzteres die Ausnahme. Daher ist nicht der Geschäftsherr beweispflichtig dafür, daß das Fernbleiben ein unbefugtes war, sondern der Geschäftsherr hat nur die Tatsache des Fernbleibens zu beweisen, während der Gehilfe dartun muß, daß er zum Fernbleiben befugt war (Horrwitz § 30; dagegen ROH. 7 263, Staub Anm. 6). Das „unbefugt" ist an die Stelle des „ohne einen rechtmäßigen Hinderungsgrund" in Art. 64 ADH. getreten; der Sinn sollte wohl hierdurch nicht geändert werden. Befugt ist das Verlassen nicht nur in den Fällen des § 63, sondern in allen Fällen, in denen der Gehilfe durch das Verlassen sich vor einem erheblich größeren Schaden bewahrt als dem Geschäftsherrn durch das Verlassen erwächst (entsprechend dem BGB. § 228); so namentlich bei eigener, wenn auch verschuldeter Krankheit (vgl. jedoch Nr. 3); ferner auch bei einem Widerstreit seiner Dienstpflicht mit anderen sittlichen oder öffentlich-rechtlichen Pflichten, z. B. der Sorge für die Familie, der Ausübung von Wahlrechten für staatliche oder kirchliche Körperschaften, der Zeugenpflicht, einer kürzeren militärischen Übung (vgl. § 63 Anm. I b). Über Nichtleistung der Arbeit seitens der im InvVersG. vorgesehenen Vertreter der Versicherten während Wahrnehmung ihrer Obliegenheiten bestimmt InvVersG. § 97. Auch in den erwähnten Fällen befugten Fernbleibens wird dies Fernbleiben zu einem unbefugten, falls der Gehilfe nicht dafür sorgt, daß, soweit nach den Umständen möglich, der Geschäftsbetrieb ungestört bleibt, also falls er nicht, wenn tunlich, rechtzeitig Urlaub nachsucht oder, wenn dies nicht angängig, ohne schuldhaftes Zögern (KG. 21 VI 99 KGBl. 80) dem Geschäftsherrn Kenntnis von dem Grund und der voraussichtlichen Dauer seines Ausbleibens gibt. — Rein gesellschaftliche Pflichten stehen hinter den beruflichen zurück, entschuldigen daher nicht ein Fernbleiben vom Dienst (Düringer-Hachenburg Anm. III a). Zwar für unbefugt, aber nicht fristlose Kündigung rechtfertigend erachtete LG. I Berlin 8 II 00 KGBl. 22 das Fernbleiben der ältesten Tochter während des ganzen Tages anläßlich Silberhochzeit der Eltern, nachdem ihr Vormittagsurlaub abgeschlagen und nur Nachmittagsurlaub gewährt war. — Der erkrankte Gehilfe braucht keine ärztliche Bescheinigung einzusenden, solange er hierzu

nicht aufgefordert ist (LG. I Berlin 2 XI 04 KGBl. 105). Er muß aber auf Verlangen sich ärztlich untersuchen lassen (LG. I Berlin 24 IV 00 KGBl. 01 20, 2 XI 04 KGBl. 105, Staub Anm. 6, vgl. entsprechend BGB. §§ 809 ff.; dagegen Horrwitz § 30); denn dies ist das Mindere gegenüber einem in solchem Fall gleichfalls zulässigen Beweissicherungsverfahren (CPO. §§ 485 ff.). Der Gehilfe kann allerdings verlangen, daß der Geschäftsherr die Untersuchungskosten vorschießt; erweist sich dann keine das Fernbleiben rechtfertigende Krankheit als vorliegend, so kann der Geschäftsherr Rückerstattung fordern. Der Gehilfe ist nicht verpflichtet, sich von dem Arzt, den der Geschäftsherr bezeichnet, behandeln zu lassen (Horrwitz § 30); andererseits kann der Geschäftsherr verlangen, daß er sich überhaupt in Behandlung gibt, und zwar bei einem staatlich zugelassenen Arzt. Ferner ist der Gehilfe, auch wenn er bei einem von ihm selbst gewählten Arzt, z. B. einem Kassenarzt, in Behandlung ist, verpflichtet, eine Untersuchung durch den vom Geschäftsherrn bezeichneten Arzt zu dulden (dagegen Horrwitz § 30, LG. I Berlin 9 III 03 KGBl. 59), außer wenn gegen die Person des letzteren besondere Bedenken vorliegen; denn auch hierbei handelt es sich nur um Feststellung des Tatbestandes, die der Gehilfe nicht hindern darf, da sie ihm, wenn er sachlich im Recht ist, nicht schaden kann (BGB. § 226). Krankheit ist bei zu verrichtender geistiger Arbeit (z. B. bei einem Buchhalter) nicht nur dann genügende Entschuldigung, wenn sie so erheblich ist, daß sie den Kranken zum Verlassen des Zimmers unfähig macht (LG. I Berlin 24 IV 00 KGBl. 01 20). Auch sonst kann namentlich ein nervöses Leiden zwar arbeitsunfähig machen, aber doch nicht am Ausgehen verhindern (KG. 20 I 94 KGBl. 26). — Ein Nichtarbeiten aus religiösen Gründen (soweit nicht etwa die Vorschriften der §§ 105a ff. Gewerbeordnung über Sonntagsruhe oder § 62 Abs. 2 HGB. eingreifen) ist kein befugtes Verlassen des Dienstes, denn niemand kann verlangen, daß er außer den für den betreffenden Ort staatlich anerkannten Sonn- und Festtagen noch andere Ruhetage habe, es sei denn, daß er sich dies bei der Vertragsschließung vorbehält (dagegen Staub Anm. 5). — Nicht unbefugt ist eine Unterbrechung der Reise durch einen Reisenden, wenn der Geschäftsherr seine Zusage über den Betrag der zu gewährenden Reisespesen nachträglich in Zweifel zieht und trotz Gegenvorstellung dabei verbleibt (OLG. Hamburg 4 VII 02 OLGRspr. 6 5). Ebenso ist befugt eine Unterbrechung der Dienstleistung behufs Aufsuchen einer anderen Stellung nach erfolgter Kündigung (BGB. §§ 629, 229), insoweit der Geschäftsherr trotz Verlangens nicht die erforderliche Zeit gewährt.

2. Erhebliche Zeit. Als eine erhebliche Zeit wurden angesehen zwei Tage, nachdem erst eine Woche seit Dienstantritt verlaufen war (KG. 21 VI 99 KGBl. 80). Ebenso unter Umständen das Verlassen eines Zweiggeschäfts mit offenem Laden auf eine Stunde durch den einzigen im Zweiggeschäft Angestellten (BerlHandelsgebr. 134). Zuspätkommen gibt nur dann einen Grund zu fristloser Kündigung, wenn es verhältnismäßig oft geschieht, insbesondere nach erfolgter Verwarnung, oder wenn darin eine absichtliche Dienstweigerung liegt (Düringer-Hachenburg Anm. III). Für willkürliche Verspätungen, die nicht auf Verhinderungen des Gehilfen beruhen, kann das Gehalt entsprechend der versäumten Zeit gekürzt werden.

b. **Weigern** der Erfüllung der Dienstverpflichtungen ist Entlassungsgrund nur, wenn es beharrlich ist. Über den Begriff des Weigerns s. § 71 Anm. III. So z. B. bei erheblicher Lässigkeit im Dienst, dauernder Vernachlässigung der aufgetragenen Arbeiten. Beharrlichkeit kann unter Umständen bereits vorliegen, wenn in einem einzigen Fall trotz wiederholter Aufforderungen die Dienstleistung unterlassen ist. Nicht notwendig braucht die Gesamtheit der Dienstverpflichtungen geweigert zu werden; der § 72 Nr. 2 ist vielmehr auch anwendbar, wenn eine einzelne Dienstverpflichtung beharrlich geweigert wird, wenn z. B. der Reisende trotz wiederholter Aufforderung die Angabe seiner jedesmaligen Adresse ohne genügenden sachlichen Grund dauernd unterläßt (vgl. OLG. Bamberg 12 IV 02 OLGRspr. 5 268). Zur Leistung von Überstunden besteht mangels gegenteiliger Abrede keine Verpflichtung; die Weigerung berechtigt daher den Geschäftsherrn nicht zu fristloser Kündigung (LG. I Berlin 22 VI 99 KGBl. 97).

III. **Andauernde Verhinderung der Dienstleistung (Nr. 3).** Die Nr. 3 zählt zwar nur einzelne Fälle dauernder Verhinderung auf, aber auch alle anderen Fälle dauernder Verhinderung geben einen wichtigen Grund zu fristloser Kündigung. Unabhängig von der Frage der Zulässigkeit einer Entlassung ist die Frage, ob und wie lange die Vergütung anteilig für die versäumte Zeit weiterzuzahlen ist; hierüber bestimmen §§ 63, 72 Abs. 2. Über Berechnung der in § 63 bestimmten sechswöchentlichen Frist im Fall einer Kündigung nach § 72 Nr. 3 vgl. § 63 Anm. IIb. — Unter anhaltender Krankheit ist eine solche zu verstehen, die mit Rücksicht auf die Art der Erkrankung voraussichtlich auf längere Zeit hinaus eine Störung der Arbeitsfähigkeit herbeiführen wird. Nicht die Dauer vor der Kündigung, sondern die voraussichtliche künftige Dauer kommt in Betracht (OLG. Karlsruhe 8 V 01 OLGRspr. 3 77). Liegt eine solche Krankheit vor, so kann daher schon im Anfang der Erkrankung gekündigt werden; es braucht hier ebensowenig wie bei der „längeren Freiheitsstrafe" abgewartet zu werden, daß sie tatsächlich längere Zeit gedauert hat. Andererseits darf nicht mehr gekündigt werden, wenn die Krankheit vor der Kündigung bereits längere Zeit angedauert hat, aber zur Zeit der Kündigung bereits baldige Genesung in Aussicht steht (OLG. Karlsruhe 8 V 01 OLGRspr. 3 77, OLG. Cassel 17 X 04 OLGRspr. 10 236). Anhaltend bedeutet nicht „sich über mehr als sechs Wochen erstreckend"; vielmehr kann auch bei kürzerer Dauer das Merkmal des Anhaltens als vorliegend erachtet werden (Horrwitz § 30, Goldmann Anm. 1 III 1; dagegen Staub Anm. 8); maßgebend wird sein, auf wie lange man dem Geschäftsherrn nach den Verhältnissen des betreffenden Betriebes zumuten kann, die Besetzung der Stelle des erkrankten Gehilfen in der Schwebe zu lassen. Eine nicht anhaltende Krankheit bildet in der Regel keinen wichtigen Grund zu fristloser Kündigung, auch dann nicht, wenn sie ansteckend, ekelerregend oder verschuldet ist (dagegen Horrwitz § 30, Goldmann Anm. 1), denn diese Umstände sind bei schnell vorübergehender Krankheit unerheblich, die Verschuldung berechtigt nur zur Vorenthaltung des Gehalts für die versäumte Zeit. Daher gibt keinen Grund zu fristloser Kündigung z. B. bei einer in einem offenen Laden angestellten Handlungsgehilfin eine Erkrankung an Krätze (vgl. dagegen LG. I Berlin 22 IV 04 KGBl. 85). Eine vorgeschrittene Schwangerschaft bildet bei einer im offenen Laden angestellten Handlungsgehilfin einen Grund zu fristloser Kündigung (vgl. LG. I Berlin 22 IV 04 KGBl. 85), weil dem Geschäftsherrn nicht zuzumuten ist, sie in diesem Zustand Dienst tun zu lassen, und, dies vorausgesetzt, ihre Dienstverhinderung eine anhaltende ist. — Eine militärische Dienstleistung soll nur (D. 62), wenn sie acht Wochen übersteigt, einen Entlassungsgrund bilden. Als solche wird auch eine Einberufung zum Krieg (ROH. 8 155) anzusehen sein, da in diesem Fall zu vermuten ist, daß die Dienstleistung länger als acht Wochen dauert, und dem Geschäftsherrn nicht zuzumuten ist, daß er acht Wochen hindurch die Einrichtung seines Geschäfts in der Schwebe läßt.

IV. **Tätlichkeiten oder Ehrverletzungen (Nr. 4).** Über beides vgl. § 71 Anm. IV. Auch hier sind erheblichere Ehrverletzungen erfordert; mithin genügt nicht jedes unziemliche Benehmen (OLG. Hamburg 7 VII 03 OLGRspr. 7 386), zumal bei einer erstmaligen Ausschreitung (OLG. Hamburg 29 X 92 ZHR. 42 518). Für genügend wurde erachtet die in verletzender Form im Laden zu einem anderen Angestellten getane Äußerung, in diesem Betrieb sei alles Betrug (OLG. Dresden 2 II 01 OLGRspr. 3 79). Kein Entlassungsgrund wurde darin erblickt, daß der Gehilfe den Geschäftsherrn wegen einer von diesem wirklich begangenen strafbaren Handlung (Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Stunde des Ladenschlusses) anzeigte (LG. I Berlin 3 IV 01 KGBl. 121). Unter „Vertreter" ist verstanden, wer tatsächlich den betreffenden Teil des Betriebes leitet, gleichgültig, ob er zur Vertretung des Geschäftsherrn bei Abschluß von Rechtsgeschäften ermächtigt ist oder nicht (vgl. KB. 35). Unter welchen Umständen Tätlichkeiten oder Ehrverletzungen gegen andere Personen als den Geschäftsherrn oder dessen Vertreter einen Entlassungsgrund bilden, vgl. unten Anm. V.

V. **Sonstige wichtige Gründe.** Vgl. § 70 Anm. I.

a. **Verhalten im Dienst.** Wichtige Gründe sind z. B. Angabe eines falschen Namens bei Anstellung zwecks Täuschung des Geschäftsherrn über das Glaubensbekenntnis des Handlungsgehilfen (LG.I 9 I 04 KGBl. 58) oder sonstige falsche Angaben über Tatsachen, von denen anzunehmen war, daß sie auf die Entschließung des Geschäftsherrn wegen Anstellung des

Gehilfen von Einfluß sein können (über die in solchen Fällen gleichfalls zulässige Anfechtung des Vertrages vgl. § 70 Anm. II b 2), stark ungebührliches Benehmen bei Entgegennahme gerechtfertigter Vorhaltungen über eine dienstliche Verfehlung (OLG. Hamburg 17 XII 02 OLGRspr. 6 189), heimliche Annahme von Sondervorteilen seitens des einen Vertrauensposten einnehmenden Angestellten gelegentlich der Ausführung eines aufgetragenen Geschäfts (vgl. § 59 Anm. II g), Trunkenheit im Dienst (P. 102).

b. **Verhalten außer Dienst.** Wichtiger Entlassungsgrund ist z. B. unsittlicher Lebenswandel (ausdrücklich genannt in Art. 64 Nr. 6 ADH.; von dort nicht in den § 72 HGB. übernommen, weil die allgemeine Bestimmung des § 70 genüge; KB. 36, StenB. 60), aber nicht schon jeder außereheliche Geschlechtsverkehr (KG. 20 I 94 KGBl. 26). Ebenso Bestrafung wegen Glücksspiels (OAG. Dresden 1858 ZHR. 8 172), eine Verheiratung des als Leiter einer Niederlassung Angestellten, durch welche dessen Ansehen so untergraben wird, daß auch die geschäftlichen, an die dortige Niederlassung geknüpften Interessen erheblich leiden (OLG. Hamburg 4 II 04 OLGRspr. 8 254), Vornahme von Handlungen gegenüber anderen Angestellten, gegen welche der Geschäftsherr diese gemäß § 71 Nr. 4 zu schützen verpflichtet ist, jedoch (da sonst § 72 Nr. 4 nicht so beschränkt hätte gefaßt werden dürfen) nur in schweren (LG. II Berlin 24 VI 05 KGBl. 98) oder wiederholten Fällen, zerrüttete Vermögensverhältnisse des Handlungsgehilfen, wenn dieser als Reisender, der Geld einzuziehen hätte, angestellt ist (KG. 21 VI 99 KGBl. 81), Konkurs des Handlungsgehilfen, wenn letzterer eine höhere Stellung, z. B. als fachmännischer Leiter einer Fabrik, einnimmt (ROH. 18 29).

c. **Nicht in der Person des Handlungsgehilfen liegender Grund** zur Entlassung ist z. B. die Unterdrückung des privaten Gewerbebetriebes behufs Verstaatlichung des Geschäftszweiges, für den die Anstellung erfolgt ist (OLG. Stuttgart 10 V 01 OLGRspr. 2 503) oder die durch den Tod des Leiters einer Zweigniederlassung veranlaßte Auflösung dieser Niederlassung, bei welcher der Gehilfe angestellt ist (vgl. RG. 19 II 01 JW. 209[9]). Über Tod des Geschäftsherrn vgl. § 22 Anm. III h 2, § 77 Abs. 4.

§ 73.

Zeugnis für den Handlungsgehilfen.

Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses kann der Handlungsgehülfe ein schriftliches Zeugniß über die Art und Dauer der Beschäftigung fordern. Das Zeugniß ist auf Verlangen des Handlungsgehülfen auch auf die Führung und die Leistungen auszudehnen.

Auf Antrag des Handlungsgehülfen hat die Ortspolizeibehörde das Zeugniß kosten- und stempelfrei zu beglaubigen.

ADH. — **Entw. I** § 66. **Entw. II** § 72.

I. **Verhältnis zum BGB.** Der § 73 Abs. 1 entspricht dem § 630 BGB.

II. **Anspruch des Gehilfen auf ein Zeugnis.** Kein solcher Anspruch bestand nach früherem Recht (RG. 36 71).

a. **Aussteller** des Zeugnisses. In der Regel wird der Gehilfe verlangen dürfen, daß der Geschäftsherr *persönlich* das Zeugnis ausstellt; nur in sehr großen Betrieben, in denen dem Geschäftsherrn eine persönliche Kenntnis von Führung und Leistungen des betreffenden Gehilfen nicht zuzumuten ist, wird der Gehilfe sich mit einem Zeugnis eines Prokuristen oder sonstigen leitenden Handlungsbevollmächtigten begnügen müssen (vgl. OLG. Hamburg 11 X 01 OLGRspr. 3 410).

b. **Zeitpunkt** der Ausstellung. Unter den Worten „*bei der Beendigung des Dienstverhältnisses*" ist verstanden, daß *gelegentlich* (§ 39 Anm. II a 1) der Beendigung, also mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (BGB. § 157) in der Regel schon vom Zeitpunkt der Kündigung an (OLG. Colmar 2 V 02 OLGRspr. 5 265, Goldmann Anm. 1 und in „Das Recht" 01 453;

dagegen OLG. Darmstadt 7 VI 01 OLGRspr. 3 78) und auch nach der Endigung des Dienstverhältnisses ein Zeugnis verlangt werden könne (KB. 37). Unter Umständen sogar geraume Zeit nachher; in KB. 37 wurden 6 Monate für nicht zu lang erachtet. Doch bleibt, da nur „bei“ Beendigung des Dienstverhältnisses das Zeugnis verlangt werden kann, aber hierunter nicht eine Bezeichnung des Zeitpunkts der Fälligkeit, sondern eine Ausschlußfrist zu verstehen ist, nicht etwa der Anspruch während der dreißigjährigen Verjährungsfrist bestehen (vgl. LG. I Berlin 28 X 04 KGBl. 05 33, Hilse in HoldheimsMSchr. 05 209; dagegen Horrwitz § 24, Staub Anm. 2, Goldmann Anm. 1). Vielmehr kann Ausstellung nicht mehr verlangt werden, wenn dem zur Ausstellung Berufenen die Tatsachen, über die das Zeugnis auszustellen ist, bereits nicht mehr deutlich in Erinnerung sind (ähnlich Horrwitz, Staub, Goldmann) und auch sonst nicht zweifellos vom Gehilfen nachgewiesen werden können (dagegen Horrwitz § 24). Vor erfolgter Kündigung kann kein Zeugnis verlangt werden (OLG. Hamburg 4 VII 02 OLGRspr. 6 4). Als Kündigung kommt nur eine zulässige in Betracht; daher auch nicht vor rechtmäßiger Kündigung, selbst wenn eine ungerechtfertigte (z. B. fristlose) Kündigung bereits erklärt ist (Horrwitz § 24, Lehmann Nr. 1; dagegen Fuld 53, Staub Anm. 1). — Solange Ausstellung eines bisher nicht ausgestellten Zeugnisses gefordert werden darf, darf auch inhaltliche Ausdehnung eines ausgestellten Zeugnisses verlangt werden, soweit (unten zu c) das letztere Verlangen überhaupt zulässig ist.

c. **Inhalt** des Zeugnisses.

1. Gegenstände der Bezeugung. Dem Gehilfen, der ein Zeugnis lediglich über die Art und die Dauer seiner Beschäftigung gefordert hat, darf nicht der Entlassungsgrund im Zeugnis vermerkt werden (LG. I Berlin 1 III 99 KGBl. 65). Der Gehilfe darf auch verlangen, daß das Zeugnis entweder nur auf die Führung oder nur auf die Leistungen ausgedehnt werde (KG. 22 XI 01 KGBl. 02 28; dagegen Wittner in HoldheimsMSchr. 03 178). Hat der Gehilfe ein Zeugnis nur über Art und Dauer der Beschäftigung vorbehaltlos angenommen, so liegt darin im Zweifel kein Verzicht auf das Recht, die Ausdehnung dieses Zeugnisses auch auf Führung und Leistungen zu verlangen (dagegen LG. I Berlin 28 X 04 KGBl. 05 33). Werden in das Zeugnis in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise (also namentlich in einer dem Gehilfen selbst nicht erkennbaren Form; vgl. GewO. § 113 Abs. 3) Merkmale aufgenommen, die dem Gehilfen in seinem Fortkommen schaden, so tritt Schadensersatzpflicht ein (BGB. § 826, KB. 37).
2. Richtigkeit des Bezeugten. Der Gehilfe, der ein Zeugnis verlangt, kann nicht dessen Wortlaut vorschreiben (KG. 8 VI 04 OLGRspr. 9 252; dagegen OLG. Dresden 13 IV 97 SächsArch. 7 555 Anm.). — Der Gehilfe kann Änderung der im Zeugnis enthaltenen tatsächlichen Anführungen nur fordern, wenn er deren Unrichtigkeit beweist (OLG. Hamburg 3 VI 02 OLGRspr. 5 269). Den Geschäftsherrn trifft im Rechtsstreit nicht die Beweislast für die Wahrheit seiner Angaben, denn im Zeugnis hat der Geschäftsherr seine eigenen Beobachtungen voll zu verwerten, während der Richter die Angaben des Geschäftsherrn, da dieser Partei ist, in der Regel nicht voll berücksichtigen kann. — Der Gehilfe kann Änderung der im Zeugnis enthaltenen Urteile nur fordern, wenn er beweist, daß der Geschäftsherr sie wider besseres Wissen (OLG. Hamburg 3 VI 02 OLGRspr. 5 271) oder fahrlässig falsch (BGB. §§ 276, 249 Satz 1) abgegeben hat. Das weder vorsätzlich noch fahrlässig falsch abgegebene Urteil des Geschäftsherrn bleibt maßgebend, selbst wenn andere Personen sich eine abweichende Meinung gebildet haben (OLG. Hamburg 5 IV 05 OLGRspr. 10 330). Also auch, wenn das Gericht sich eine solche abweichende Meinung bildet. Daher erscheint im letzteren Fall unzulässig eine Verurteilung des Geschäftsherrn zur Leistung, d. h. zur Ausstellung eines der Meinung des Gerichts entsprechenden Zeugnisses. Andererseits hat der Gehilfe in solchem Fall ein berechtigtes Interesse daran, Dritten nachweisen zu können, daß die Meinung des Geschäftsherrn nicht vom Gericht geteilt wird; daher erscheint zulässig eine auf Feststellung dieser Tatsache gerichtete Klage. — Entdeckt der Geschäftsherr nachträglich, daß sein Zeugnis unrichtig ist, so kann er dessen Rückgabe verlangen und ein anderes ausstellen (Düringer-Hachenburg Anm. I). Ebenso kann er in solchem Fall das frühere Zeugnis sachlich ändern, wenn der Gehilfe aus irgend

einem Grund die Ausstellung eines neuen Zeugnisses verlangt (OLG. Kiel 28 III 04 OLGRspr. 9 251).

d. **Gegenteilige Vereinbarung** ist zulässig (dagegen Staub Anm. 6) nur, nachdem der Anspruch bereits fällig ist. Die Vorschrift des § 37 ist öffentlichrechtlicher Art und daher nicht abänderbar durch Verträge (KB. 38) im voraus.

III. **Haftung gegenüber Dritten für Richtigkeit des Bezeugten.** Wird zu gunsten des Handlungsgehilfen das Zeugnis unrichtig ausgestellt, und erwächst einem Dritten, der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Zeugnisses den Gehilfen angestellt hat, hierdurch Schaden, so ist der Aussteller, wenn er sich der Möglichkeit dieses Erfolges bewußt war, dem Dritten schadensersatzpflichtig (RG. 17 IV 05 JW. 369[8]); ebenso, wenn er sich jener Möglichkeit zwar nicht bewußt war, aber bewußt sein mußte.

§ 74.

Vertragliches Wettbewerbsverbot.

Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Thätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehülfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen ausgeschlossen wird.

Die Beschränkung kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden.

Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Handlungsgehülfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist.

ADH. — **Entw. I** § 67 Abs. 1. **Entw. II** § 73.

I. **Vereinbarung zwischen Geschäftsherr und Handlungsgehilfe, durch welche dieser für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird.**

a. **Vereinbarung.** Unerheblich ist, ob sie im Anstellungsvertrag oder erst nachträglich erfolgt; doch sind §§ 74, 75 nicht auf eine erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses getroffene Vereinbarung anwendbar.

b. **Zwischen Geschäftsherr und Handlungsgehilfe.** Schließt ein anderer als der Geschäftsherr den Vertrag mit dem Handlungsgehilfen, so finden §§ 74, 75 nicht Anwendung, außer wenn jene Form nur zwecks Umgehung des Gesetzes gewählt ist. Die §§ 74, 75 sind nur anwendbar auf Vereinbarungen mit „Handlungsgehilfen“ (§ 59 Anm. I) und „Handlungslehrlingen“ (§ 76 Abs. 1; vgl. jedoch § 74 Abs. 3). Daher nicht auf alle übrigen Fälle eines vertraglichen Wettbewerbsverbots. Also namentlich nicht auf landmännische und gewerbliche Gehilfen in Betrieben, die kein „Handelsgewerbe“ sind (§ 59 Anm. Ib, Walker ZHR. 55 581), auf Handlungsagenten (§ 59 Anm. I a), auf Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften oder Geschäftsführer von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 59 Anm. I d), auf die Verhältnisse von offenen Handelsgesellschaftern nach Auflösung der Gesellschaft (RG. 53 155) oder von Mitgliedern eines Kartells (RG. 38 155) untereinander, von Verkäufer und Käufer eines Geschäfts (RG. 53 156). Bezüglich aller dieser Personen verbleibt es daher bei dem gemeinbürgerlichen Recht (BGB. § 138, unter

Anm. VI). Die §§ 74, 75 sind ferner nicht anwendbar auf gewerbliche Arbeiter (§ 83) eines Kaufmanns oder eines anderen Unternehmers (OLG. Karlsruhe 13 III 00 OLGRspr. 1 54). Bezüglich der in § 133 a Gewerbeordnung bezeichneten Personen, nämlich „der von Gewerbeunternehmern gegen feste Bezüge beschäftigten Personen, welche nicht lediglich vorübergehend mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder einer Abteilung desselben beauftragt (Betriebsbeamte, Werkmeister und ähnliche Angestellte) oder mit höheren technischen Dienstleistungen betraut sind (Maschinentechniker, Bautechniker, Chemiker, Zeichner und dergleichen)" ist jedoch durch EGHGB. Art. 9 ein neuer § 133 f in die Gewerbeordnung eingefügt, der dem § 74 HGB. unter Fortlassung der festen Zeitbeschränkung von 3 Jahren wörtlich entspricht; ob auch § 75 entsprechend anwendbar, vgl. unten Anm. VI d. Auf Vereinbarungen mit Gehilfen und Lehrlingen der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sind §§ 74, 75 entsprechend anwendbar (§ 1 Anm. XI). — Nicht berührt sind auch Verträge des Geschäftsherrn mit Dritten; für den Fall der Bürgschaft eines Dritten für den Handlungsgehilfen vgl. jedoch BGB. §§ 767, 768.

c. **Für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses.** Bei einem Wettbewerb während bestehenden Dienstverhältnisses kommen §§ 60, 72 Nr. 1 und die sonstigen allgemeinen Grundsätze zur Anwendung.

d. **In seiner gewerblichen Tätigkeit** muß die Beschränkung des Handlungsgehilfen erfolgt sein. Die §§ 74, 75 sind nur anwendbar auf das Verbot, sei es ein Gewerbe überhaupt, sei es ein Gewerbe bestimmter Art zu betreiben, auf einem bestimmten gewerblichen Gebiet überhaupt eine Tätigkeit auszuüben. Der Gehilfe soll nicht unbegrenzt verhindert werden, die erworbenen Erfahrungen über Bezugsquellen, Absatzquellen und allgemeine Betriebseinrichtungen nutzbar zu machen, mithin später in redlichen Wettbewerb zu treten, dem früheren Geschäftsherrn die Art der Benutzung eines Kapitals nachzuahmen. Die §§ 74, 75 treffen dagegen nicht die Fälle, in denen dem Gehilfen nur untersagt wird, Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse später zu benutzen (StenB. 66; die Grenzen sind allerdings fließend) oder Dritten kundzutun (vgl. RG. 6 XII 99 JW. 00 74; dagegen Reinshagen, Konkurrenzklausel 19, Walker ZHR. 55 582). In diesem Fall würde der Gehilfe bei späterer Benutzung dem Geschäftsherrn einen Teil von dessen Kapital entwenden, und sein Wettbewerb würde daher ein unredlicher sein. Auch soweit kein Vertrag geschlossen ist, kommt zur Anwendung UnlWG. § 9:

„Mit Geldstrafe bis zu 3000 Mk. oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre wird bestraft, wer als Angestellter, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebes Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an andere zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebes Schaden zuzufügen, mitteilt.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, deren Kenntnis er durch eine der im Absatz 1 bezeichneten Mitteilungen oder durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende eigene Handlung erlangt hat, zu Zwecken des Wettbewerbes unbefugt verwertet oder an andere mitteilt.

Zuwiderhandlungen verpflichten außerdem zum Ersatze des entstandenen Schadens. Mehrere Verpflichtete haften als Gesamtschuldner."

II. **Zulässige Grenzen der Beschränkung.** Nach Zeit, Ort und Gegenstand sollen nicht die Grenzen überschritten werden, außerhalb deren das Fortkommen des Gehilfen unbillig erschwert ist. Die unbillige Erschwerung des Fortkommens ist mithin das Entscheidende (Staub Anm. 1). Nach jeder der drei Richtungen kann die Einhaltung der Grenzen verlangt werden. Indessen ist das Verbot als Ganzes ins Auge zu fassen. Daher ist nicht ausgeschlossen, daß unter Umständen schon die Eingrenzung des Verbots nach einer oder zweien jener Richtungen bei im übrigen unbeschränkter Beibehaltung keine unbillige Erschwerung des Fortkommens bildet. Nur nach der Richtung der Zeit ist stets die Einhaltung der Höchstzahl von drei Jahren erforderlich (§ 74 Abs. 2). Die drei Jahre rechnen von der rechtlichen

(nicht von einer früheren tatsächlichen) Beendigung des Dienstverhältnisses an (Staub Anm. 3). Als Anhaltspunkte für die Beurteilung, inwieweit die Beschränkung das Fortkommen des Gehilfen unbillig erschwert, kommen namentlich in Betracht: einerseits, in welchem Umfang ein berechtigtes Interesse des Geschäftsherrn an der Beschränkung mit Rücksicht auf die Verhältnisse und Bedürfnisse seines Geschäfts besteht, andererseits, ob die von dem Gehilfen bezogene Vergütung durch ihre Höhe bereits eine Entschädigung für die Beschränkung enthielt, oder etwa eine besondere Vergütung für die Zeit der Beschränkung gewährt wird (D. 64). Je enger begrenzt der Gegenstand des Geschäftsbetriebs ist, um so weiter pflegt der Betrieb sich räumlich auszudehnen; berechtigt ist dann das Interesse des Geschäftsherrn an der Beschränkung in entsprechend großer örtlicher Ausdehnung (RG. 30 V 00 JW. 591[11]).

III. **Folge einer Überschreitung der zulässigen Grenzen.** Die Vereinbarung wird durch Überschreitung der zulässigen Grenzen des Verbots nicht vollständig nichtig, sondern sie bleibt „insoweit verbindlich" als sie durch Ermäßigung in jene Grenzen zurückgeführt werden kann. Auch dem erkennenden Richter liegt mithin eine Ermäßigungspflicht ob (D. 63, KB. 41 im Gegensatz zu dem früheren, in RG. 31 100 betonten Recht). Die Ermäßigung kann in jeder der in § 74 erwähnten drei Richtungen, in Ansehung der Zeit, des Orts und des Gegenstandes erfolgen, oder auch nach mehreren gleichzeitig. Dagegen nicht in Ansehung der Art, z. B. daß der Gehilfe zwar nicht in eigenem Namen betreiben, aber trotz des Verbots in ein fremdes Geschäft eintreten dürfe (Staub Anm. 5). Bei Überschreitung der dreijährigen Zeitgrenze ist mindestens derjenige Teil der Vereinbarung, der die Zeit nach Ablauf der drei Jahre betrifft, nichtig (BGB. § 134); im übrigen bleibt dann die Vereinbarung innerhalb der nach § 74 Abs. 1 zulässigen Grenzen in der Regel gültig (BGB. § 139). Zu weit gehend beschränkt OLG. Karlsruhe 26 I 00 OLGRspr. 1 390 das von einem Handlungsgehilfen gegenüber einem großen Flußschiffahrts- und Beförderungsunternehmen gegebene Versprechen der Wettbewerbsunterlassung dahin, daß der Gehilfe trotzdem ein am Niederlassungsort des Geschäftsherrn bereits bestehendes kleines Speditionsgeschäft übernehmen dürfe. — Ist jedes berechtigte Interesse des Geschäftsinhabers an einer Beschränkung überhaupt zu verneinen, so ist auch die geringste Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen unbillig; auch ein begrenztes Verbot ist dann unverbindlich (D. 64, KB. 41). — Über eine versprochene Vertragsstrafe vgl. § 75 Anm. II. — Der § 74 regelt die Folgen einer Überschreitung der zulässigen Grenzen vertraglicher Wettbewerbsverbote erschöpfend, er enthält eine Sondervorschrift nicht nur, insoweit in solchen Verboten ein Verstoß gegen das Recht, sondern auch insoweit darin ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt. Daher schließt § 74 auch die Anwendbarkeit des § 138 Abs. 2 BGB. aus; selbst wenn die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB. vorliegen, ist daher nicht der ganze Vertrag und nicht das Wettbewerbsverbot in vollem Umfang nichtig, sondern beides nur, insoweit es die in § 74 Abs. 1 bezeichneten Grenzen überschreitet (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. IV, Horrwitz § 32).

IV. **Endigung der Wirksamkeit des Verbots.** Die Wirksamkeit endet bereits vor Ablauf der festgesetzten Zeit, wenn feststeht, daß der vertraglich gewollte Schutz sein Ziel endgültig verloren hat, weil eine Erwerbstätigkeit des Berechtigten, die geschützt werden soll, dauernd ausgeschlossen ist (RG. 47 241) und der Berechtigte auch nicht in der Lage ist, in anderer Weise (z. B. durch Abtretung an einen Geschäftserwerber) sein Untersagungsrecht wirtschaftlich auszubeuten. Nicht aber schon, wenn nur tatsächlich der Berechtigte ein Wettbewerbsgeschäft nicht betreibt, solange nicht ausgeschlossen ist, daß er seine Tätigkeit wieder aufnimmt (RG. 47 241).

V. **Minderjähriger Handlungsgehilfe.** Ein ihm auferlegtes Wettbewerbsverbot ist in vollem Umfang nichtig, gleichgültig, ob die Vereinbarung mit dem gesetzlichen Vertreter des Gehilfen oder mit letzterem unter Genehmigung des ersteren abgeschlossen ist (D. 64, KB. 43). Daher (§ 76 Abs. 1) ist, da ein Handlungslehrling fast immer minderjährig sein wird, beinahe in allen Fällen unmöglich, einem Handlungslehrling ein gültiges Wettbewerbsverbot aufzuerlegen. Für die Frage, ob dann der ganze Dienstvertrag hinfällig wird, ist BGB. § 139 maßgebend (dagegen Staub Anm. 5).

VI. **Wettbewerbsverbot nach gemeinbürgerlichem Recht.**

a. **Allgemeines.** Vor Aufnahme der §§ 74, 75 in das HGB. wurden die Wettbewerbsverbote auch bei Handlungsgehilfen nach gemeinbürgerlichem Recht beurteilt. Die damalige Rechtsprechung ist noch jetzt maßgebend für diejenigen (oben Anm. Ib) Wettbewerbsverbote, die nicht unter die §§ 74, 75 fallen; ferner ist jene Rechtsprechung auch für die unter §§ 74, 75 HGB. fallenden Wettbewerbsverbote insofern erheblich, als nach letzteren Vorschriften nicht für zulässig erklärt werden kann was bereits nach gemeinbürgerlichem Recht unzulässig ist.

b. **Grenzen für die Zulässigkeit.** Nach gemeinbürgerlichem Recht kann mangels Sondervorschriften die Unzulässigkeit einer zu weit gehenden Beschränkung der freien Tätigkeit eines anderen nur aus dem allgemeinen Grundsatz der Richtigkeit eines gegen die guten Sitten verstoßenden Vertrages (BGB. § 138) abgeleitet werden. Daß die Gewerbeordnung § 10 („ausschließliche Gewerbeberechtigungen") auf dergleichen Vereinbarungen nicht anwendbar sei, wurde durch Plenarbeschluß des Obertribunals (Entsch. 80 1) entschieden. Das ROH. hat die Abreden für gültig erachtet, wenn dem Verbot eine örtliche, zeitliche und gegenständliche Beschränkung, mitunter auch nur eine Beschränkung nach einer dieser Richtungen beigefügt war (ROH. 7 418: innerhalb des Zollvereins, 5 Jahre, Konkurrenzgeschäft; 12 30: räumlich unbeschränkt, 4 Jahre, Geschäft in wollenen oder seidenen gewirkten Strumpf- oder Handschuhwaren; 15 164: Gegenden, wo die Firma Handel treibt, 20 Jahre, Waren, mit denen sie handelt; 16 160: Konkurrenzgeschäft, 5 Jahre innerhalb 50 Meilen von Hannover, solange der Geschäftsherr sein Geschäft betreibt nie in Hannover und Vorstadt), jedoch für ungültig in einem Fall, in welchem ohne ausdrückliches Verbot des Wettbewerbs, aber unter starker Erschwerung der Kündigung der gesamte Ertrag der geschäftlichen Tätigkeit dem Geschäftsherrn zur Verfügung gestellt wurde (ROH. 18 102), und den Vertrag eines Uhrmachers mit seinem Lehrling, daß letzterer sich nie als Uhrmacher niederlassen dürfe (ROH. 21 262). Das RG. (1 22, 31 98, 43 24, 1 II 95 JW. 148[15]) stellte sich auf denselben Boden, wies jedoch (2 120, bei welchem Fall die Wahrung eines Fabrikationsgeheimnisses hereinspielte) darauf hin, daß, soweit die Gewerbeordnung in Betracht komme, auch ein örtlich und zeitlich unbeschränkter Vertrag gültig sein könne, solange nicht ein öffentliches Interesse verletzt werde (also z. B. wenn eine gegenständliche Beschränkung vorhanden), daß jedoch die Frage des Verstoßes gegen die guten Sitten noch außerdem zu prüfen sei. Bereits nach neuem Recht in einem dem § 74 nicht unterliegenden Fall wurde ein zeitlich und örtlich unbeschränktes Wettbewerbsverbot dann als gültig anerkannt, wenn die gegenständliche Begrenzung eine so enge ist, daß die für den Verpflichteten hieraus erwachsende Beschränkung seiner Bewegungsfreiheit keine unbillige und unangemessene ist (RG. 53 155). — Die Auferlegung eines Wettbewerbsverbots als Grunddienstbarkeit wurde für unzulässig erachtet (OLG. Hamburg 8 IV 04 OLGRspr. 10 117).

c. **Folgen einer Überschreitung der zulässigen Grenzen.** Nach früherem Recht nahm RG. 31 100 an, es sei nicht zulässig, den wegen Übermäßigkeit des Verbots nichtigen Vertrag durch Anwendung des richterlichen Ermessens so beschränkt aufrecht zu erhalten, wie er gültig hätte geschlossen werden können. Gegenteilig erkannte RG. 6 XII 99 JW. 00 75[13] für den Fall der Verpflichtung zum Schweigen über Betriebsgeheimnisse. Nach jetzigem Recht kommt BGB. § 139 zur Anwendung (dagegen Goldmann Anm. 3), und hiernach wird in der Regel als dem Parteiwillen entsprechend anzunehmen sein, daß der Vertrag in seinen zulässigen Teilen Bestand haben soll.

d. **Inwieweit ist § 75 entsprechend anwendbar?**

1. Der § 75 Abs. 1. Im Zweifel ist ein vertragliches Verbot nur auf den Fall zu beziehen, daß der Gehilfe die Stellung freiwillig und ohne, daß ihm dazu seitens des Geschäftsherrn gerechter Anlaß gegeben ist, aufgibt, also ohne Kündigung weggeht, oder seinerseits kündigt, oder daß er durch sein Verhalten dem Dienstherrn gerechten Anlaß zur Kündigung gegeben hat (RG. 20 107, 59 79, Bolze 22 Nr. 411). Ist im Einzelfall bedungen, daß ohne Rücksicht auf den Grund der Auflösung des Dienstverhältnisses das Verbot wirksam sein solle, so ist dies gültig; auf das Verbot kann sich jedoch nicht berufen,

wer durch Verletzung der Vertragspflicht oder willkürlich zwecks Schädigung des anderen Teils das Ausscheiden herbeigeführt hat (RG. 30 V 00 JW. 591[11]).

2. Der § 75 Abs. 2. Es wurde angenommen, der Verpflichtete könne sich von der auferlegten Beschränkung durch Zahlung der festgesetzten Strafe freimachen, wenn die Strafe ihrer Höhe nach dazu bestimmt erscheint, dem Berechtigten das volle zur Zeit des Vertragsschlusses vorausgesetzte Interesse an der Vertragserfüllung zu ersetzen (RG. **33** 142, **40** 100).

VII. **Beispiele von Vertragsauslegung.** Auch ein auf Wettbewerbsbeschränkung gehender Vertrag ist nicht wörtlich eng, sondern nach dem wirklichen Parteiwillen auszulegen (RG. 2 X 03 JW. Beil. 121[266], 24 II 04 JW. 197[4]).

a. **„Geschäftsbetrieb", „Betreiben".** Ist der „Geschäftsbetrieb" verboten, so ist zu unterscheiden, ob nach der Absicht der Parteien untersagt sein sollte, ein Geschäft an bestimmtem Ort zu betreiben, d. h. eine Niederlassung dort zu gründen, oder ob verboten sein sollte, Geschäfte nach einem bestimmten Ort hin zu betreiben, d. h. mit den an jenem Ort wohnenden Kunden Geschäfte abzuschließen (ROH. **15** 164, RG. **26** 164). In der Verpflichtung, nicht Wettbewerb zu treiben, liegt zugleich die Verpflichtung, nicht Veranstaltungen Dritter zu Zwecken des verbotenen Wettbewerbs hervorzurufen und zu unterstützen, wie wenn der Vater durch den Sohn, der Ehemann durch die Ehefrau, eine Firma durch eine andere, auf die sie durch Besitz von Geschäftsanteilen beherrschenden Einfluß hat, den Wettwerb betreibt (vgl. RG. 2 VII 02 JW. Beil. 264[190]). Auch im Zweifel die Verpflichtung, den ohne Zutun des Ehemanns seitens der Ehefrau begonnenen Betrieb nicht zu gestatten (Bolze **23** Nr. 469; vgl. jedoch § 1 Anm. VIIb 1). Ein eigener Geschäftsbetrieb an einem außereuropäischen Platz liegt auch dann vor, wenn einem Dritten die dort vorhandenen eigenen Gebäude und Warenlager vermietet werden, und der Dritte sich verpflichtet, in Europa nur von dem Vermieter zu kaufen, nur an ihn zu verkaufen und nur dessen Kredit zu benutzen (Bolze **16** Nr. 388).

b. **„Beteiligen", „Teilnehmen", „Eintreten".** Gegen das Verbot, an einem Konkurrenzgeschäft „mit Rat und Tat" teilzunehmen, verstößt auch, wer sich mit einem Dritten zwar nicht zur Herstellung des durch das Verbot geschützten Fabrikats selbst verbindet, wohl aber zum Zweck der Herstellung einer Maschine, mittels deren ein konkurrenzfähiges Fabrikat erzeugt werden kann (RG. 8 V 94 ZHR. **46** 489). Die übernommene Verpflichtung, einen patentierten Gegenstand während bestimmter Zeit nicht herzustellen oder bei der Herstellung sich nicht zu beteiligen, ist verletzt, wenn der Verpflichtete — selbst ohne Gegenwert — einem Dritten zusichert, daß er eine Benutzung des Patents durch den Dritten nicht verfolgen werde (Bolze 22 Nr. 413). Das Verbot, sich „weder direkt noch indirekt zu beteiligen", umfaßt auch eine fortgesetzte persönliche Tätigkeit, mindestens eine solche nicht untergeordneter Art, für das Unternehmen eines Dritten, z. B. in der Stellung als Handlungsgehilfe (RG. **40** 99). Die Zusage, sich an einem Wettbewerbsgeschäft nicht mit Kapital zu beteiligen, schließt im Zweifel nicht die Verpflichtung ein, eine bereits früher erfolgte Beteiligung für die Zukunft rückgängig zu machen (RG. **53** 354). Die Verpflichtung, innerhalb Deutschlands in kein Konkurrenzgeschäft einzutreten, umfaßt die Verpflichtung, nicht als im Ausland beschäftigter Beamter in ein deutsches Konkurrenzgeschäft einzutreten (Bolze 22 Nr. 414).

c. **„Vertreten".** Unter das Verbot, keine andere Fabrik zu „vertreten", fällt der Erwerb ausschließlicher Verkaufsgebiete mit der Abrede, nach außen für den Nettopreis der Fabrik zuzüglich Provision zu liefern, den Nettopreis abzuführen und die Provision zu behalten (Bolze **23** Nr. 468).

d. **„Geheimnis bewahren".** Die Verpflichtung, „jederzeit die geschäftlichen Vorkommnisse als anvertraute Geheimnisse zu bewahren", bezieht sich nur auf diejenigen Vorkommnisse, die gerade für den betreffenden Geschäftsbetrieb und seine Eigenart von Erheblichkeit sind (RG. 6 XII 99 JW. **00** 75[13]).

e. **„Besuchen der Kunden".** Ist nur vereinbart, daß der bisherige Reisende während eines Jahres die Kundschaft des bisherigen Geschäftsherrn geschäftlich nicht besuchen dürfe, so bleibt ein nur schriftlicher Geschäftsverkehr mit den bisherigen Kunden zulässig (OLG. Hamburg 15 I 04 OLGRspr. **8** 255).

§ 75.

Einfluß der Kündigung. Vertragsstrafe.

Giebt der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehülfen Grund, das Dienstverhältniß gemäß den Vorschriften der §§ 70, 71 aufzulösen, so kann er aus einer Vereinbarung der im § 74 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen. Das Gleiche gilt, wenn der Prinzipal das Dienstverhältniß kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat, oder daß während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehülfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird.

Hat der Handlungsgehülfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Herabsetzung einer unverhältnißmäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt.

Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig.

ADH. — **Entw. I** § 67 Abs. 2. **Entw. II** § 74.

I. **Einfluß des Grundes der Beendigung des Dienstverhältnisses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots.** Über die Fälle eines nicht unter HGB. §§ 74, 75 fallenden Wettbewerbsverbots vgl. § 74 Anm. VI.

a. **Kündigung seitens des Gehilfen.**

1. Hat der Geschäftsherr dem Handlungsgehilfen einen wichtigen Grund zur fristlosen Vertragsauflösung gegeben, so kann der Geschäftsherr keine Ansprüche aus dem Wettbewerbsverbot herleiten. Ein vom Geschäftsherrn gegebener genügender Anlaß zur gewöhnlichen befristeten Kündigung genügt nicht. Da jedoch § 75 Satz 1 nur das Vorliegen eines Grundes zum Dienstaustritt verlangt, so tritt die dort bestimmte Wirkung auch dann ein, wenn der Dienstaustritt nicht sofort erfolgt, sondern z. B. erst nach Kündigung mit gewöhnlicher Frist (RG. **56** 373, Düringer-Hachenburg Anm. I a, Cosack HR. § 19 IX 4, Horrwitz § 32; dagegen Staub Anm. 2, Lehmann Nr. 2, Goldmann Anm. 1); indessen ist in solchen Fällen stets zu prüfen, ob etwa eine Verzeihung der Vertragswidrigkeit des Geschäftsherrn und erneute Unterwerfung unter den das Wettbewerbsverbot enthaltenden Dienstvertrag als vorliegend anzusehen ist (RG. **56** 373). Erforderlich ist auch nicht, daß das Verhalten des Geschäftsherrn die wirkliche Ursache des Dienstaustritts war (RG. **56** 373; dagegen OLG. Stuttgart 18 IV 02 OLGRspr. 5 272). Hat der Geschäftsherr zwar den Vertrag verletzt, aber ohne daß darin ein wichtiger Grund zur Vertragsauflösung liegt, so bleibt das Wettbewerbsverbot in Kraft (RG. **54** 125).
2. Hat der Geschäftsherr keinen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben, so bleibt das vertragliche Wettbewerbsverbot in den Grenzen des § 74 in Kraft.

b. **Kündigung seitens des Geschäftsherrn.**

1. Hat der Geschäftsherr den Anlaß zur Kündigung verschuldet, so verliert er seine Ansprüche aus dem vertraglichen Wettbewerbsverbot, auch wenn der Anlaß ein erheblicher ist. Wird über das Vermögen des Geschäftsherrn Konkurs eröffnet, und kündigt aus diesem Anlaß der Konkursverwalter, so bleibt das Wettbewerbsverbot dennoch in Kraft, wenn entweder der Konkurs unverschuldet war, oder (§ 70 Anm. I) ein sonstiger erheblicher, nicht vom Gemeinschuldner verschuldeter Anlaß zur Kündigung vorlag (RG. 29 IX 03 JW. 389[20]). Über die Einwirkung einer infolge des Konkurses eintretenden endgültigen Aufgabe des Geschäftsbetriebes vgl. § 74 Anm. IV.

wer durch Verletzung der Vertragspflicht oder willkürlich zwecks Schädigung des anderen Teils das Ausscheiden herbeigeführt hat (RG. 30 V 00 JW. 591 [11]).

2. Der § 75 Abs. 2. Es wurde angenommen, der Verpflichtete könne sich von der auferlegten Beschränkung durch Zahlung der festgesetzten Strafe freimachen, wenn die Strafe ihrer Höhe nach dazu bestimmt erscheint, dem Berechtigten das volle zur Zeit des Vertragsschlusses vorausgesetzte Interesse an der Vertragserfüllung zu ersetzen (RG. **33** 142, **40** 10).

VII. **Beispiele von Vertragsauslegung.** Auch ein auf Wettbewerbsbeschränkung gehender Vertrag ist nicht wörtlich eng, sondern nach dem wirklichen Parteiwillen auszulegen (RG. 2 X 03 JW. Beil. 121 [266], 24 II 04 JW. 197 [4]).

a. **„Geschäftsbetrieb", „Betreiben".** Ist der „Geschäftsbetrieb" verboten, so ist zu unterscheiden, ob nach der Absicht der Parteien untersagt sein sollte, ein Geschäft an bestimmtem Ort zu betreiben, d. h. eine Niederlassung dort zu gründen, oder ob verboten sein sollte, Geschäfte nach einem bestimmten Ort hin zu betreiben, d. h. mit den an jenem Ort wohnenden Kunden Geschäfte abzuschließen (ROH. **15** 164, RG. **26** 164). In der Verpflichtung, nicht Wettbewerb zu treiben, liegt zugleich die Verpflichtung, nicht Veranstaltungen Dritter zu Zwecken des verbotenen Wettbewerbs hervorzurufen und zu unterstützen, wie wenn der Vater durch den Sohn, der Ehemann durch die Ehefrau, eine Firma durch eine andere, auf die sie durch Besitz von Geschäftsanteilen beherrschenden Einfluß hat, den Wettwerb betreibt (vgl. RG. 2 VII 02 JW. Beil. 264 [190]). Auch im Zweifel die Verpflichtung, den ohne Zutun des Ehemanns seitens der Ehefrau begonnenen Betrieb nicht zu gestatten (Bolze **23** Nr. 469; vgl. jedoch § 1 Anm. VIIb 1). Ein eigener Geschäftsbetrieb an einem außereuropäischen Platz liegt auch dann vor, wenn einem Dritten die dort vorhandenen eigenen Gebäude und Warenlager vermietet werden, und der Dritte sich verpflichtet, in Europa nur von dem Vermieter zu kaufen, nur an ihn zu verkaufen und nur dessen Kredit zu benutzen (Bolze **16** Nr. 388).

b. **„Beteiligen", „Teilnehmen", „Eintreten".** Gegen das Verbot, an einem Konkurrenzgeschäft „mit Rat und Tat" teilzunehmen, verstößt auch, wer sich mit einem Dritten zwar nicht zur Herstellung des durch das Verbot geschützten Fabrikats selbst verbindet, wohl aber zum Zweck der Herstellung einer Maschine, mittels deren ein konkurrenzfähiges Fabrikat erzeugt werden kann (RG. 8 V 94 ZHR. **46** 489). Die übernommene Verpflichtung, einen patentierten Gegenstand während bestimmter Zeit nicht herzustellen oder bei der Herstellung sich nicht zu beteiligen, ist verletzt, wenn der Verpflichtete — selbst ohne Gegenwert — einem Dritten zusichert, daß er eine Benutzung des Patents durch den Dritten nicht verfolgen werde (Bolze 22 Nr. 413). Das Verbot, sich „weder direkt noch indirekt zu beteiligen", umfaßt auch eine fortgesetzte persönliche Tätigkeit, mindestens eine solche nicht untergeordneter Art, für das Unternehmen eines Dritten, z. B. in der Stellung als Handlungsgehilfe (RG. **40** 99). Die Zusage, sich an einem Wettbewerbsgeschäft nicht mit Kapital zu beteiligen, schließt im Zweifel nicht die Verpflichtung ein, eine bereits früher erfolgte Beteiligung für die Zukunft rückgängig zu machen (RG. **53** 354). Die Verpflichtung, innerhalb Deutschlands in kein Konkurrenzgeschäft einzutreten, umfaßt die Verpflichtung, nicht als im Ausland beschäftigter Beamter in ein deutsches Konkurrenzgeschäft einzutreten (Bolze **22** Nr. 414).

c. **„Vertreten".** Unter das Verbot, keine andere Fabrik zu „vertreten", fällt der Erwerb ausschließlicher Verkaufsgebiete mit der Abrede, nach außen für den Nettopreis der Fabrik zuzüglich Provision zu liefern, den Nettopreis abzuführen und die Provision zu behalten (Bolze **23** Nr. 468).

d. **„Geheimnis bewahren".** Die Verpflichtung, „jederzeit die geschäftlichen Vorkommnisse als anvertraute Geheimnisse zu bewahren", bezieht sich nur auf diejenigen Vorkommnisse, die gerade für den betreffenden Geschäftsbetrieb und seine Eigenart von Erheblichkeit sind (RG. 6 XII 99 JW. **00** 75 [13]).

e. **„Besuchen der Kunden".** Ist nur vereinbart, daß der bisherige Reisende während eines Jahres die Kundschaft des bisherigen Geschäftsherrn geschäftlich nicht besuchen dürfe, so bleibt ein nur schriftlicher Geschäftsverkehr mit den bisherigen Kunden zulässig (OLG. Hamburg 15 I 04 OLGRspr. **8** 255).

§ 75.

Einfluß der Kündigung. Vertragsstrafe.

Giebt der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehülfen Grund, das Dienstverhältniß gemäß den Vorschriften der §§ 70, 71 aufzulösen, so kann er aus einer Vereinbarung der im § 74 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen. Das Gleiche gilt, wenn der Prinzipal das Dienstverhältniß kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat, oder daß während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehülfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird.

Hat der Handlungsgehülfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Herabsetzung einer unverhältnißmäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt.

Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig.

ADH. — **Entw. I** § 67 Abs. 2. **Entw. II** § 74.

I. **Einfluß des Grundes der Beendigung des Dienstverhältnisses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots.** Über die Fälle eines nicht unter HGB. §§ 74, 75 fallenden Wettbewerbsverbots vgl. § 74 Anm. VI.

a. **Kündigung seitens des Gehilfen.**

1. Hat der Geschäftsherr dem Handlungsgehilfen einen wichtigen Grund zur fristlosen Vertragsauflösung gegeben, so kann der Geschäftsherr keine Ansprüche aus dem Wettbewerbsverbot herleiten. Ein vom Geschäftsherrn gegebener genügender Anlaß zur gewöhnlichen befristeten Kündigung genügt nicht. Da jedoch § 75 Satz 1 nur das Vorliegen eines Grundes zum Dienstaustritt verlangt, so tritt die dort bestimmte Wirkung auch dann ein, wenn der Dienstaustritt nicht sofort erfolgt, sondern z. B. erst nach Kündigung mit gewöhnlicher Frist (RG. **56** 373, Düringer-Hachenburg Anm. I a, Cosack HR. § 19 IX 4, Horrwitz § 32; dagegen Staub Anm. 2, Lehmann Nr. 2, Goldmann Anm. 1); indessen ist in solchen Fällen stets zu prüfen, ob etwa eine Verzeihung der Vertragswidrigkeit des Geschäftsherrn und erneute Unterwerfung unter den das Wettbewerbsverbot enthaltenden Dienstvertrag als vorliegend anzusehen ist (RG. **56** 373). Erforderlich ist auch nicht, daß das Verhalten des Geschäftsherrn die wirkliche Ursache des Dienstaustritts war (RG. **56** 373; dagegen OLG. Stuttgart 18 IV 02 OLGRspr. 5 272). Hat der Geschäftsherr zwar den Vertrag verletzt, aber ohne daß darin ein wichtiger Grund zur Vertragsauflösung liegt, so bleibt das Wettbewerbsverbot in Kraft (RG. 54 125).
2. Hat der Geschäftsherr keinen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben, so bleibt das vertragliche Wettbewerbsverbot in den Grenzen des § 74 in Kraft.

b. **Kündigung seitens des Geschäftsherrn.**

1. Hat der Geschäftsherr den Anlaß zur Kündigung verschuldet, so verliert er seine Ansprüche aus dem vertraglichen Wettbewerbsverbot, auch wenn der Anlaß ein erheblicher ist. Wird über das Vermögen des Geschäftsherrn Konkurs eröffnet, und kündigt aus diesem Anlaß der Konkursverwalter, so bleibt das Wettbewerbsverbot dennoch in Kraft, wenn entweder der Konkurs unverschuldet war, oder (§ 70 Anm. I) ein sonstiger erheblicher, nicht vom Gemeinschuldner verschuldeter Anlaß zur Kündigung vorlag (RG. 29 IX 03 JW. 389[20]). Über die Einwirkung einer infolge des Konkurses eintretenden endgültigen Aufgabe des Geschäftsbetriebes vgl. § 74 Anm. IV.

2. **Hat der Geschäftsherr den Anlaß zur Kündigung nicht verschuldet, und ist dieser Anlaß ein erheblicher**, so bleibt das vertragliche Wettbewerbsverbot in den Grenzen des § 74 in Kraft. So z. B. wenn der Gehilfe durch sein Verschulden dem Geschäftsherrn einen wichtigen Grund zur Entlassung gegeben hat. Erheblicher Anlaß zu einer Kündigung kann aber auch vorliegen, wenn der Grund kein so wichtiger ist, daß er fristlose Kündigung rechtfertigt (OLG. Hamburg 14 XII 03 OLGRspr. 8 97).

3. **Hat der Geschäftsherr den Anlaß zur Kündigung nicht verschuldet, ist aber der Anlaß nicht erheblich**, so erlischt das Wettbewerbsverbot, außer wenn der Geschäftsherr das zuletzt bezogene Gehalt, d. h. den festen Teil der Vergütung (§ 64 Anm. I b; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. I; dagegen Staub Anm. 4, Herz bei HoldheimsMSchr. 98 98, Horrwitz § 32, Lehmann Nr. 3, Goldmann Anm. 1) fortzahlt. Will der Geschäftsherr von dem Recht, durch Fortzahlung des Gehalts das Wettbewerbsverbot aufrechtzuerhalten, Gebrauch machen, so muß er dies sofort bei der Kündigung erklären (RG. 59 127, OLG. Köln 2 III 04 OLGRspr. 8 387). Die Fortzahlung kann bewirkt werden, selbst wenn sie im Vertrag nicht vorgesehen war; sie kann aber dann freiwillig eingestellt werden mit der Wirkung, daß gleichzeitig die Wirkung des Wettbewerbsverbots erlischt. Wird die Fortzahlung (vgl. § 71 Anm. II) unterlassen, so kann der Geschäftsherr sich nicht nachträglich unter Angebot des Rückstandes auf diese Bestimmung berufen. Wegen der von dem Gehilfen in einer neuen Stelle etwa erhaltenen Bezüge darf ein Abzug bei der Fortzahlung nicht gemacht werden (KB. 44). — Da durch die bloße Kündigung das Recht aus dem Wettbewerbsverbot noch nicht endgültig verloren geht, sondern durch Gehaltsfortzahlung aufrecht erhalten werden kann, so bleibt es auch erhalten, wenn nach der befristeten, mit Bereiterklärung zur Gehaltsfortzahlung verbundenen Kündigung eine gerechtfertigte unbefristete Kündigung aus wichtigem Grund seitens des Geschäftsherrn erfolgt (dagegen für das frühere Recht Bolze 17 Nr. 423).

c. **Ist keine Kündigung erfolgt**, sondern das Dienstverhältnis durch Übereinkommen vorzeitig aufgelöst, so ist für die Anwendung des § 75 kein Raum (OLG. Posen 8 X 03 OLGRspr. 8 96).

II. **Vertragsstrafe.** Die Vertragsstrafe verfällt nur soweit die Hauptverpflichtung wirksam war (BGB. § 344). Der § 75 Abs. 2 Satz 1 enthält eine Abänderung des § 340 BGB. für diesen Sonderfall. Der Fall des § 341 BGB. (Versprechen der Strafe für den Fall, daß die Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt wird) bleibt an sich unberührt, wird indessen bei dem auf ein Unterlassen gerichteten Wettbewerbsverbot gar nicht, bei einer sonstigen „Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit", wenn überhaupt, nur selten vorkommen können. Der § 75 Abs. 2 Satz 2 erklärt den § 343 BGB. (richterliche Ermäßigung der Vertragsstrafe) für anwendbar. Erheblich für die Entscheidung, ob von dem Ermäßigungsrecht Gebrauch zu machen, ist die Höhe des möglichen Interesses des Geschäftsherrn, die erstrebte Wirkung als Zwangsmittel, der Grad des Verschuldens des Gehilfen und seine Vermögenslage (Planck[3] § 343 Anm. 2, Staub § 348 Anm. 19. Bei Ermäßigung kann auch darauf Rücksicht genommen werden, daß das Wettbewerbsverbot teilweise beachtet ist (OLG. Köln 26 XI 94 ZHR. 46 489); eine teilweise Beachtung ist nicht nur in Ansehung einer zeitlichen, sondern auch in Ansehung einer räumlichen Beschränkung möglich (dagegen OLG. Köln 26 XI 94 ZHR. 46 490). Der Geschäftsherr hat die Nichterfüllung der Vertragsabrede seitens des Gehilfen zu beweisen (BGB. § 345). — Es lauten BGB.:

§ 343 Abs. 1: „Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen."

§ 345: „Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht."

In dem seltenen, aber an sich möglichen Fall, daß der Handlungsgehilfe die Vertragsstrafe

im Betrieb seines anderweiten vollkaufmännischen Handelsgewerbes versprochen hat, findet auch der den § 343 BGB. einschränkende § 348 HGB. Anwendung; in diesem Fall ist daher die richterliche Herabsetzung der Strafe unzulässig. — Ist keine Vertragsstrafe vereinbart, so finden die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über Erfüllungs- und Schadensersatzpflicht Anwendung (RG. 42 101).

III. **Zuwiderlaufende Vereinbarungen** sind nach Abs. 3 nichtig. Die Bestimmung des Abs. 3 bezieht sich nur auf § 75, nicht auch auf § 74 (§ 74 Anm. III). In der Regel wird nur derjenige Teil der Vereinbarung nichtig sein, der gegen § 75 Abs. 1 und 2 verstößt, im übrigen aber, dem vermutlichen Parteiwillen entsprechend, die Vereinbarung wirksam bleiben (BGB. § 139; abw. Reinshagen Konkurrenzklausel 46, der Vorstehendes nicht nur als Regel, sondern stets anwenden will).

II. Handlungslehrlinge (§§ 76—82).

§ 76.

Pflichten des Lehrherrn und des Handlungslehrlings.

Die Vorschriften der §§ 60 bis 63, 74, 75 finden auch auf Handlungslehrlinge Anwendung.

Der Lehrherr ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Lehrling in den bei dem Betriebe des Geschäfts vorkommenden kaufmännischen Arbeiten unterwiesen wird; er hat die Ausbildung des Lehrlinges entweder selbst oder durch einen geeigneten, ausdrücklich dazu bestimmten Vertreter zu leiten. Die Unterweisung hat in der durch den Zweck der Ausbildung gebotenen Reihenfolge und Ausdehnung zu geschehen.

Der Lehrherr darf dem Lehrlinge die zu seiner Ausbildung erforderliche Zeit und Gelegenheit durch Verwendung zu anderen Dienstleistungen nicht entziehen; auch hat er ihm die zum Besuche des Gottesdienstes an Sonntagen und Festtagen erforderliche Zeit und Gelegenheit zu gewähren. Er hat den Lehrling zur Arbeitsamkeit und zu guten Sitten anzuhalten.

In Betreff der Verpflichtung des Lehrherrn, dem Lehrlinge die zum Besuch einer Fortbildungsschule erforderliche Zeit zu gewähren, bewendet es bei den Vorschriften des § 120 der Gewerbeordnung.

ADH. Art. 57 ff. **Entw. I** § 68. **Entw. II** § 75.

I. **Handlungslehrling.** Der Begriff ist im Gesetz nicht bestimmt, sondern vorausgesetzt. In Anlehnung an den Begriff des Handlungsgehilfen (§ 59) wird nur derjenige als Handlungslehrling anzusehen sein, der in einem Handelsgewerbe (§ 59 Anm. Ia, b) zur Erlernung und Leistung kaufmännischer Dienste (§ 59 Anm. Ic, d) gegen Entgelt oder ohne anderes Entgelt als die Unterweisung, mitunter sogar gegen Zuzahlung von Lehrgeld, angestellt (§ 59 Anm. If) ist. Für die Unterscheidung des Handlungslehrlings vom Handlungsgehilfen ist die Bezeichnung, die von den Vertragschließenden dem Vertragsverhältnis gegeben wird, nicht unbedingt, sondern nur als eines der Auslegungsmittel maßgebend (StenB. 76). Wer vollständige Bezahlung für seine Dienstleistung erhält, ist in der Regel Gehilfe (StenB. 77). Der Begriff „Lehrling" in § 247 StGB. umfaßt auch den Handlungslehrling (RGSt. 22 245).

II. **Anwendung von Vorschriften über Handlungsgehilfen (Abs. 1).**

a. **Vorschriften des HGB.** Nicht alle Vorschriften über Handlungsgehilfen finden auf den Handlungslehrling Anwendung; nur das Verbot eigenen Gewerbebetriebes und eigener im Handelszweig des Geschäftsherrn abgeschlossener Geschäfte (§§ 60, 61), die Verpflichtung des Geschäftsherrn zur Rücksichtnahme auf Gesundheit, Sittlichkeit, Anstand (bei häuslicher Gemeinschaft auch Religion) des Beschäftigten (§ 62, verschärft durch § 76 Abs. 2—4 und die

Strafvorschrift in § 82 Abs. 1), die Verpflichtung zur sechswöchentlichen Fortgewähr von Gehalt und Unterhalt bei Behinderung durch unverschuldetes Unglück (§ 63), die Beschränkung der Wettbewerbsverbote (§§ 74, 75), und zwar die vollständige Untersagung, wenn der Handlungslehrling zur Zeit der Vereinbarung über das Verbot noch minderjährig war (§ 74 Abs. 3), und nach Ablauf der einmonatigen Probezeit (§ 77 Abs. 3) die Vorschriften über Kündigung ohne Frist aus wichtigen Gründen (§§ 70—72). Die übrigen Vorschriften, namentlich die Beschränkungen der Vereinbarungen über Kündigungsfristen, sind auf Lehrlinge nicht anwendbar und ersetzt durch §§ 77—79.

b. **Vorschriften des BGB. und der CPO.** In zweiter Reihe kommen auf den Lehrvertrag zwar nicht unmittelbar die Bestimmungen des BGB. über Dienstverträge zur Anwendung, da das BGB. den Lehrvertrag vom Dienst- und Arbeitsvertrag unterscheidet (BGB. § 1822 Nr. 6, 7, § 1827, Planck[2] Vorbem. III 5 zu Tit. 6, Goldmann Anm. 1; dagegen Staub Anm. 1, Düringer-Hachenburg § 77 Anm. I; für früheres Recht vgl. ROH. 14 208); indessen sind die Regeln des BGB. über Dienstverträge entsprechend auf den Lehrvertrag ergänzend anwendbar. Ebenso die Regel der CPO. § 888 Abs. 2, so daß Dienstleistung durch den Lehrling nicht durch Geldstrafen oder Haft erzwingbar ist (abweichend Goldmann § 79 Anm. 1 bei Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Lehrlings). Über die Unanwendbarkeit des § 625 BGB. vgl. § 77 Anm. I. Der Lehrvertrag ist verbindlich auch, wenn er nur mündlich geschlossen ist, außer soweit Ansprüche gegen den Lehrling wegen unbefugten Austritts (§ 79) in Betracht kommen. Das Recht des Lehrherrn auf die Dienste des Lehrlings ist in der Gegenseitigkeit der Vertragsrechte begründet, nicht nur zufällig oder in zweiter Linie stehend (ROH. 9 279). Über die Frage des Züchtigungsrechts vgl. § 77 Anm. IIIb.

III. **Unterweisungspflicht (Abs. 2).** Ein etwaiger vom Lehrherrn bestimmter Vertreter muß im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte sein (§ 81). Die Verletzung der Unterweisungspflicht ist strafbar (§ 82).

IV. **Gewährung von Zeit und Gelegenheit zu Ausbildung und Gottesdienstbesuch (Abs. 3 Satz 1).** Nach § 76 Abs. 3 beschränkt sich die Pflicht (und das Recht) des Lehrherrn auf ein Zeit- und Gelegenheit-Gewähren (d. h. ein Nicht-Hindern); dem Lehrherrn steht daher keine Einwirkung darauf zu, daß der Lehrling gegen seinen oder seiner Eltern Willen veranlaßt wird, Gebote kirchlicher Behörden des Glaubensverbandes, als dessen Mitglied er erzogen ist, zu beobachten (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. IIIc; dagegen anscheinend Staub Anm. 19). Die Pflicht des Lehrherrn, Zeit und Gelegenheit zu gewähren, erstreckt sich nur auf den Gottesdienst und Festtage und Sonntage. Nach § 76 Abs. 1 (§ 62 Abs. 2) hat der Geschäftsherr nur in Ansehung des Wohn- und Schlafraumes, der Verpflegung, der Arbeits- und Erholungszeit, also nicht auch in anderen Beziehungen, bestimmte Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Religion des Lehrlings erforderlich sind. Der Lehrling ist im Gebiet des Landrechts nicht einmal verpflichtet, dem Lehrherrn darüber Rede zu stehen, welchem Glaubensverband er angehört (§ 5 II, 11 LR.). — „Gottesdienst" ist in § 76 entsprechend weit auszulegen wie „Religion" in § 62, also z. B. auch regelmäßige Zusammenkünfte der Monisten umfassend. Denn Sache des Staates ist es nicht, und daher auch nicht als in § 76 beabsichtigt anzusehen, eine bestimmte Ansicht über die letzten Ursachen des Geschehens zu begünstigen, sondern nur, die bei jeder Art der Beschäftigung mit diesen Fragen eintretende erziehliche Wirkung zu fördern. Unter „Sonntage und Festtage" sind nur die an dem betreffenden Ort staatlich anerkannten zu verstehen (vgl. § 72 Anm. IIa 1; ebenso Staub Anm. 17; dagegen Lehmann Nr. 7, Goldmann Anm. 3); dies ergibt sich schon aus der Erwähnung der „Sonntage", da sonst neben den Sonntagen z. B. auch die Sabbate hätten erwähnt werden müssen.

V. **Anhalten zur Arbeitsamkeit und Sittlichkeit (Abs. 3 Satz 2).** „Gute Sitte" vgl. § 62 Anm. IIa. In diesen Beziehungen ist nicht nur Gewährenlassen, sondern Handeln gefordert.

VI. **Fortbildungs- und Fachunterricht.** Die Gewerbeordnung (RGBl. 00 871) bestimmt:

§ 120. „Die Gewerbeunternehmer sind verpflichtet, ihren Arbeitern unter 18 Jahren, welche eine von der Gemeindebehörde oder vom Staate als Fortbildungsschule anerkannte

Unterrichtsanstalt besuchen, hierzu die erforderlichen Falles von der zuständigen Behörde festzusetzende Zeit zu gewähren . . .

Als Fortbildungsschulen im Sinne dieser Bestimmung gelten auch Anstalten, in welchen Unterricht in weiblichen Hand- und Hausarbeiten erteilt wird.

Durch statutarische Bestimmung einer Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbandes (§ 142) kann für männliche Arbeiter unter 18 Jahren sowie für weibliche Handlungsgehilfen und -Lehrlinge unter 18 Jahren die Verpflichtung zum Besuche einer Fortbildungsschule, soweit diese Verpflichtung nicht landesgesetzlich besteht, begründet werden. Auf demselben Wege können die zur Durchführung dieser Verpflichtung erforderlichen Bestimmungen getroffen werden. Insbesondere können durch statutarische Bestimmung die zur Sicherung eines regelmäßigen Schulbesuchs den Schulpflichtigen sowie deren Eltern, Vormündern und Arbeitgebern obliegenden Verpflichtungen bestimmt und diejenigen Vorschriften erlassen werden, durch welche die Ordnung in der Fortbildungsschule und ein gebührliches Verhalten der Schüler gesichert wird. Von der durch statutarische Bestimmung begründeten Verpflichtung zum Besuch einer Fortbildungsschule sind diejenigen befreit, welche eine Innungs- oder andere Fortbildungs- oder Fachschule besuchen, sofern der Unterricht dieser Schule von der höheren Verwaltungsbehörde als ein ausreichender Ersatz des allgemeinen Fortbildungsschulunterrichts anerkannt wird."

§ 139 i. „Die durch § 76 Abs. 4 des Handelsgesetzbuchs sowie durch § 120 Abs. 1 begründete Verpflichtung des Geschäftsinhabers findet an Orten, wo eine vom Staate oder der Gemeindebehörde anerkannte Fachschule besteht, hinsichtlich des Besuchs dieser Schule entsprechende Anwendung.

Der Geschäftsinhaber hat die Gehilfen und Lehrlinge unter 18 Jahren zum Besuche der Fortbildungs- und Fachschule anzuhalten und den Schulbesuch zu überwachen."

VII. **Beschränkung der Höchstzahl von Lehrlingen in offenen Verkaufsstellen.** Hierüber bestimmt die Gewerbeordnung:

§ 139 l. „Auf das Halten von Lehrlingen in offenen Verkaufsstellen sowie in anderen Betrieben des Handelsgewerbes findet die Bestimmung des § 128 Anwendung."

§ 128. „Wenn der Lehrherr eine im Mißverhältnisse zu dem Umfang oder der Art seines Gewerbebetriebs stehende Zahl von Lehrlingen hält und dadurch die Ausbildung der Lehrlinge gefährdet erscheint, so kann dem Lehrherrn von der unteren Verwaltungsbehörde die Entlassung eines entsprechenden Teiles der Lehrlinge auferlegt und die Annahme von Lehrlingen über eine bestimmte Zahl hinaus untersagt werden. Die Bestimmungen des § 126a Abs. 3 finden hierbei entsprechende Anwendung.

Unbeschadet der vorstehenden Bestimmung können durch Beschluß des Bundesrats für einzelne Gewerbszweige Vorschriften über die höchste Zahl der Lehrlinge erlassen werden, welche in Betrieben dieser Gewerbszweige gehalten werden darf. Soweit solche Vorschriften nicht erlassen sind, können sie durch Anordnung der Landes-Zentralbehörde erlassen werden."

Nach GewO. § 144a Abs. 2 kann die Ortspolizeibehörde durch Zwangsstrafen den Lehrherrn zur Entlassung der entgegen dem § 128 Abs. 2 GewO. angenommenen Lehrlinge anhalten. Auch ist nach GewO. § 148 Nr. 9b strafbar mit Geldstrafe bis 150 Mk., im Unvermögensfall Haft bis 4 Wochen, wer den auf Grund des § 128 erlassenen Vorschriften zuwider Lehrlinge hält.

§ 77.

Lehrzeit. Probezeit. Kündigung.

Die Dauer der Lehrzeit bestimmt sich nach dem Lehrvertrag, in Ermangelung vertragsmäßiger Festsetzung nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche.

Das Lehrverhältniß kann, sofern nicht eine längere Probezeit vereinbart ist, während des ersten Monats nach dem Beginne der Lehrzeit ohne Einhaltung einer

Kündigungsfrist gekündigt werden. Eine Vereinbarung, nach der die Probezeit mehr als drei Monate betragen soll, ist nichtig.

Nach dem Ablaufe der Probezeit finden auf die Kündigung des Lehrverhältnisses die Vorschriften der §§ 70 bis 72 Anwendung. Als ein wichtiger Grund zur Kündigung durch den Lehrling ist es insbesondere auch anzusehen, wenn der Lehrherr seine Verpflichtungen gegen den Lehrling in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise vernachlässigt.

Im Falle des Todes des Lehrherrn kann das Lehrverhältniß innerhalb eines Monats ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden.

ADH. Art. 61 Abs. 2, 62—64. **Entw. I** § 69. **Entw. II** § 76.

I. **Dauer der Lehrzeit.** Der Lehrvertrag ist in der Regel ein Vertrag von bestimmter Dauer. Wird nach Zeitablauf das Dienstverhältnis stillschweigend fortgesetzt, so ist BGB. § 625 nicht entsprechend anwendbar, der bisherige Lehrling ist vielmehr fortan Handlungsgehilfe (Düringer-Hachenburg Anm. II) auf unbestimmte Zeit mit den gesetzlichen Rechten und Pflichten eines solchen. Das Gesetz hindert jedoch nicht, einen Lehrvertrag auf unbestimmte Zeit zu schließen (dagegen Staub Anm. 5, Horrwitz § 35) oder zwar ihn auf bestimmte Zeit zu schließen, aber für die nach Ablauf der Probezeit liegende Lehrzeit die Zulässigkeit befristeter Kündigung im Lehrvertrag zu vereinbaren. Der Abs. 1 steht nicht entgegen, da er in erster Reihe auf den Vertragsinhalt verweist; ebensowenig Abs. 3 Satz 1, der nur eine Vorschrift über unbefristete Kündigung enthält, ohne über die Zulässigkeit der befristeten Kündigung bejahend oder verneinend zu bestimmen. Es bleibt mithin in dieser Beziehung bei der Regel der Vertragsfreiheit. Einen Fall der Unterbrechung der Lehrzeit durch Heeresdienst im Krieg s. ROH. 10 221.

II. **Probezeit.** Der § 77 Abs. 2—4 entspricht dem § 127b GewO. Während des ersten Monats (zuletzt also an dem Tag, der im nächsten Monat durch seine Zahl dem Tag des Eintritts entspricht, BGB. § 188 Abs. 2) kann jeder von beiden Teilen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ohne daß wichtige Gründe vorzuliegen brauchen, kündigen. Ist eine längere Probezeit vereinbart, so besteht dasselbe Kündigungsrecht während dieser längeren Zeit. Die Folge der Nichtigkeit einer Vereinbarung, daß die Probezeit mehr als 3 Monate betragen soll, wird in der Regel nur sein, daß die gesetzliche Probezeit von einem Monat Platz greift, im übrigen aber der Lehrvertrag bestehen bleibt (vgl. § 67 Anm. II).

III. **Kündigung nach Ablauf der Probezeit.**

a. **Zulässigkeit.** Mangels besonderer Vertragsabreden (oben Anm. I) ist nach Ablauf der Probezeit eine Kündigung während der Lehrzeit in der Regel überhaupt unzulässig, da § 66 nicht für anwendbar erklärt ist, und auch BGB. § 621 nach der Natur des Lehrvertrages, bei welchem sich nur während der ganzen Zeit, nicht während eines einzelnen Zeitabschnittes, die Gegenleistungen ausgleichen, nicht Anwendung finden kann. Anders bei fristloser Kündigung aus wichtigen Gründen (§ 71 Abs. 3), bei dem Tod des Lehrherrn (§ 77 Abs. 4) und bei Übergang des Lehrlings zu einem andern Gewerbe oder Beruf (§ 78).

b. **Wichtiger Grund.** Die gleiche Tatsache kann unter Umständen zwar für den Gehilfen, aber nicht für den Lehrling einen Grund zur Kündigung ohne Frist bilden. Bei dem Lehrling muß noch in höherem Maß als bei dem Gehilfen die Unterordnung unter den Geschäftsherrn und dessen Vertreter gefordert werden. Ehrverletzungen und Tätlichkeiten seitens des Lehrlings werden daher schwerer, Ehrverletzungen und Tätlichkeiten seitens des Geschäftsherrn leichter wiegen als bei dem Verhältnis zum Gehilfen. In § 127b Abs. 3 (§ 124 Nr. 2) GewO. ist ausgeschlossen eine Kündigung des gewerblichen Lehrlings wegen Tätlichkeiten oder grober Beleidigungen seitens des Arbeitgebers oder seiner Vertreter. In das HGB. ist diese Bestimmung nicht übernommen; indessen kommt hier die im Eingang des § 72 genannte Voraussetzung „sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen" in Betracht. Ein Züchtigungsrecht steht dem Kaufmann gegenüber seinem Lehrling nicht zu (KB. 47; ebenso Horrwitz § 34 IV; abweichend CosackHR. § 20 V 4, der dem Lehr-

herrn die Zwangsmittel zwar nicht des Vaters, aber des Erziehers einräumt). Nachlässigkeiten im Dienst und Unarten wiegen bei dem Lehrling leichter als bei dem Gehilfen (OLG. Hamburg 19 IX 90 ZHR. 42 516). Ein wichtiger Grund zur Kündigung seitens des Lehrlings ist z. B. auch der Eintritt der Unfähigkeit des Lehrherrn zur Erfüllung der ihm vertragsmäßig obliegenden Verpflichtungen (D. 66); ebenso bei einem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Lehrling gestörte Familienverhältnisse des Lehrherrn (ROH. 13 109). Bei Wechsel des Geschäftsinhabers infolge Geschäftsveräußerung ist nicht der Handlungsgehilfe (§ 22 Anm. III h 1) und erst recht nicht der Lehrling verpflichtet, das Vertragsverhältnis mit dem Geschäftserwerber fortzusetzen. In der Regel wird in solchem Fall der Lehrling dem bisherigen Geschäftsherrn fristlos kündigen können; jedoch nicht immer (ebenso Goldmann Anm. 3; dagegen Staub Anm. 7), z. B. dann nicht, wenn dieser trotz der Geschäftsveräußerung in der Lage ist, in einem anderen nahegelegenen und gleichartigen eigenen Geschäft dem Lehrling die erforderliche Ausbildung zu geben.

c. **Tod des Lehrherrn** insbesondere. Die Vorschrift des Abs. 4 betreffend den Tod des Lehrherrn ist nur anwendbar auf den Fall eines Einzelkaufmanns. Unter Umständen kann aber der Tod eines Gesellschafters, wenn dieser die Ausbildung leitete, wichtiger Auflösungsgrund sein. Vgl. auch § 22 Anm. III h 2 über die Einwirkung des Todes des Geschäftsinhabers auf bestehende Dienstverträge.

IV. **Folgen der Kündigung.** Vgl. § 70 Anm. III, IV. Einen Fall der Klage auf Schadensersatz gegen den Geschäftsherrn wegen unrechtmäßiger Entlassung des Lehrlings s. in ROH. 7 277. Voraussetzung eines Anspruchs des Geschäftsherrn gegen den Lehrling ist der schriftliche Abschluß des Lehrvertrages (§ 79).

§ 78.

Übergang zu anderem Gewerbe oder Beruf.

Wird von dem gesetzlichen Vertreter des Lehrlinges oder, sofern dieser volljährig ist, von ihm selbst dem Lehrherrn die schriftliche Erklärung abgegeben, daß der Lehrling zu einem anderen Gewerbe oder zu einem anderen Beruf übergehen werde, so endigt, wenn nicht der Lehrling früher entlassen wird, das Lehrverhältniß nach dem Ablauf eines Monats.

Tritt der Lehrling der abgegebenen Erklärung zuwider vor dem Ablaufe von neun Monaten nach der Beendigung des Lehrverhältnisses in ein anderes Geschäft als Handlungslehrling oder als Handlungsgehülfe ein, so ist er dem Lehrherrn zum Ersatze des diesem durch die Beendigung des Lehrverhältnisses entstandenen Schadens verpflichtet. Mit ihm haftet als Gesammtschuldner der neue Lehrherr oder Prinzipal, sofern er von dem Sachverhalte Kenntniß hatte.

ADH. — **Entw. I** § 70. **Entw. II** § 77.

I. **Recht zu vorzeitiger Auflösung (Abs. 1).** Der § 78 Abs. 1 entspricht dem § 127e Abs. 1 GewO. Das Handelsgewerbe ist in § 78 als ein Ganzes angesehen. Nach dem Wortlaut des § 78 Abs. 2 („Geschäft“, „Handlungsgehilfe“, „Handlungslehrling“) genügt nicht die Erklärung, daß der Lehrling zu einem anderen Zweig des Handelsgewerbes übergehen wolle (ebenso Staub Anm. 1, Düringer-Hachenburg Anm. I, Goldmann Anm. 1; dagegen OLG. Hamburg 16 VI 00 OLGRspr. 1 228, Horrwitz § 35 S. 170 Anm. 1). Aus den Worten „wenn nicht der Lehrling früher entlassen wird“ ist abzuleiten, daß die abgegebene Erklärung für den Geschäftsherrn einen genügenden Grund zur unbefristeten Kündigung bildet. Ist die Erklärung wider besseres Wissen abgegeben, so beseitigt sie nicht die gewöhnlichen Folgen des Lehrvertragsbruchs (OLG. Hamburg 16 VI 00 OLRspr. 1 227).

II. **Ansprüche wegen Zuwiderhandlung des Lehrlings gegen abgegebene Erklärung (Abs. 2).** Voraussetzung eines Anspruchs des Geschäftsherrn gegen den Lehrling ist der schrift-

liche Abschluß des Lehrvertrages (§ 79 Anm. I). Ebenso Voraussetzung des Anspruchs gegen den neuen Lehrherrn oder Prinzipal, da dieser nur als Gesamtschuldner, mithin nicht auch dann haften soll, wenn von Anfang an kein Anspruch gegen den Lehrling bestand (Staub § 79 Anm. 3, Düringer-Hachenburg § 79 Anm. II, Goldmann § 79 Anm. 1). Selbst wenn der gesetzliche Vertreter in eigenem Namen die in § 78 Abs. 1 bezeichnete Erklärung abgegeben hat, haftet im Fall des § 78 Abs. 2 doch nicht er, sondern der Lehrling. Der § 78 Abs. 2 unterscheidet auch nicht, ob namens des Lehrlings oder namens des gesetzlichen Vertreters der Lehrvertrag abgeschlossen ist. Selbst wenn letzteres geschehen, tritt keine Haftung des gesetzlichen Vertreters auf Grund des § 78 Abs. 2 ein (Goldmann Anm. 2; dagegen Staub Anm. 5), wenngleich möglicherweise (z. B. wegen Bruchs des Lehrvertrags durch Abgabe der Erklärung wider besseres Wissen, oben Anm. I) eine persönliche Haftung des gesetzlichen Vertreters aus dem ursprünglichen Lehrvertrag. Der Eintritt als Volontär in ein anderes Geschäft enthält keine Zuwiderhandlung im Sinn des § 78 Abs. 2 (Goldmann Anm. 2; dagegen Staub Anm. 4, Horrwitz § 35), da der Volontär nicht Handlungsgehilfe ist (§ 59 Anm. I e); anders nur, wenn in Wahrheit darin ein Eintritt als Handlungslehrling liegt, und die Bezeichnung als Volontär nur gewählt ist, um dies zu verdecken (ähnlich Düringer-Hachenburg Anm. II). Auch die Eröffnung eines eigenen Geschäfts enthält keine Zuwiderhandlung (Düringer-Hachenburg Anm. II).

§ 79.

Ansprüche wegen unbefugten Austritts.

Ansprüche wegen unbefugten Austritts aus der Lehre kann der Lehrherr gegen den Lehrling nur geltend machen, wenn der Lehrvertrag schriftlich geschlossen ist.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** § 78.

I. **Ansprüche des Geschäftsherrn wegen unbefugten Austritts des Lehrlings.** Hierher gehören auch Ansprüche auf Grund des § 78. Bezüglich des Anspruchs auf Erfüllung und auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder Nichterfüllung kommen dieselben Bestimmungen wie bei unrechtmäßigem Verlassen des Dienstes seitens eines Handlungsgehilfen (§ 70 Anm. IV) zur Anwendung. Der § 79 betrifft nur Ansprüche wegen unbefugten Austritts, nicht alle auf den Lehrvertrag gegründeten Ansprüche. — Nicht unbefugt ist der Austritt infolge gerechtfertigter fristloser Kündigung des Geschäftsherrn (Lewinsohn JW. 02 245). — Über die Unzulässigkeit einer Erzwingung der Arbeit durch Geldstrafe oder Haft vgl. § 76 Anm. II b. Wie die Höhe des Schadens zu berechnen, vgl. Lewinsohn JW. 02 246.

II. **Gegen den Lehrling.** Zu unterscheiden ist, ob der Lehrvertrag von dem Lehrling (wenn auch mit Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters) oder von einem Dritten in eigenem Namen (zugunsten des Lehrlings) mit dem Geschäftsherrn abgeschlossen worden ist, oder ob endlich zwar der Lehrling abgeschlossen, aber ein Dritter sich für ihn verbürgt hat. Der § 79 ist als Ausnahmevorschrift eng dahin auszulegen, daß nur die Ansprüche gegen den Lehrling (nicht auch gegen einen Dritten) an die Bedingung der schriftlichen Abfassung des Lehrvertrages geknüpft sind. Bei anderer Auslegung wären die Worte „gegen den Lehrling" in § 79 überflüssig. Haftet der Lehrling nicht, so auch nicht der Dritte, der sich für ihn verbürgt hat (BGB. §§ 767, 768). Dagegen haftet auf Grund eines auch nur mündlichen Lehrvertrages der Dritte (z. B. der Vater), der ihn in eigenem Namen abgeschlossen hat (ebenso Lewinsohn JW. 02 246). Fälle der Inanspruchnahme des Vaters aus einem von ihm abgeschlossenen Lehrvertrag s. ROH. 1 32, 10 224, 13 106, des Bruders ROH. 14 206. Im Zweifel wird anzunehmen sein, daß der abschließende (nach ROH. 17 396 sogar der nur genehmigende) Vater in eigenem Namen, der abschließende Vormund im Namen des Mündels abschließen wollte (ROH. 14 18; vgl. ROH. 2 135 Anm.). — Ob im Fall des § 78 Abs. 2 bei mündlichem Lehrvertrag der neue Lehr- oder Geschäftsherr haftet, trotzdem der Lehrling nicht haftet, vgl. § 78 Anm. II.

III. **Schriftlich.** Der § 126 BGB. bestimmt:

„Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.

Bei einem Vertrage muß die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

Die schriftliche Form wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt."

§ 80.

Zeugnis für den Lehrling.

Bei der Beendigung des Lehrverhältnisses hat der Lehrherr dem Lehrling ein schriftliches Zeugniß über die Dauer der Lehrzeit und die während dieser erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie über sein Betragen auszustellen.

Auf Antrag des Lehrlinges hat die Ortspolizeibehörde das Zeugniß kosten- und stempelfrei zu beglaubigen.

ADH. — **Entw. I** § 71. **Entw. II** § 79.

I. **Aussteller.** Vgl. § 73 Anm. II a.

II. **Zeitpunkt** der Ausstellung. Vgl. § 73 Anm. II b. Die Pflicht zur Ausstellung des Zeugnisses besteht auch ohne besonderen Antrag des Lehrlings (Düringer-Hachenburg Anm. I, Lehmann Nr. 1, Goldmann Anm. 1; dagegen Staub Anm. 1); der nichterteilende Lehrherr kommt daher in der Regel, da fast stets die Voraussetzungen des BGB. § 284 Abs. 2 vorliegen werden, ohne Mahnung in Schuldnerverzug.

III. **Inhalt.** Der Inhalt des dem Lehrling auszustellenden Zeugnisses ist in Anlehnung an GewO. § 127c Abs. 1 bestimmt. Abweichendes gilt nach § 73 für den Inhalt des dem Handlungsgehilfen zu erteilenden Zeugnisses. Ist schlechtes Betragen des Lehrlings der Entlassungsgrund, so darf dies im Zeugnis hervorgehoben werden (OLG. Dresden 22 I 02 OLGRspr. 5 273). Daß die bezeugten Tatsachen richtig sein müssen, vgl. § 73 Anm. II c 2; über die Haftung gegenüber Dritten bei Unrichtigkeit, vgl. § 73 Anm. III.

IV. **Gegenteilige Vereinbarung.** Vgl. § 73 Anm. II d.

§ 81.

Bürgerliche Ehrenrechte des Lehrenden.

Personen, die nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte sind, dürfen Handlungslehrlinge weder halten noch sich mit der Anleitung von Handlungslehrlingen befassen. Der Lehrherr darf solche Personen zur Anleitung von Handlungslehrlingen nicht verwenden.

Die Entlassung von Handlungslehrlingen, welche diesem Verbote zuwider beschäftigt werden, kann von der Polizeibehörde erzwungen werden.

ADH. — **Entw. I** § 72. **Entw. II** § 80.

Diese Vorschrift ist in Anlehnung an GewO. §§ 106, 126 aufgenommen worden. Der Lehrvertrag mit einem nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte (StGB. §§ 32—34, 36) befindlichen Geschäftsherrn ist wohl nicht nichtig (ebenso Staub Anm. 1; dagegen Düringer-Hachenburg Nr. I, Lehmann Nr. 1, Goldmann Anm. 1), denn nur das tatsächliche Halten, nicht die rechtliche Vorbereitung hierzu ist verboten, und auch jenes nur mit dem milderen Ausdruck „darf nicht" (Planck[3] Einl. S. 27). Der Lehrvertrag ist anfechtbar wegen Irrtums, wenn bei dem Abschluß das Fehlen der bürgerlichen Ehrenrechte in der Person des Geschäftsherrn nicht bekannt war (BGB. § 119 Abs. 2); außerdem bleibt jenes Fehlen auch ein fortdauernd sich erneuernder wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung. Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung ist auch die seitens des Lehrherrn erfolgte Überweisung des Lehrlings zur Anleitung an eine Person, von welcher dem Lehrherrn bekannt war, daß ihr die

bürgerlichen Ehrenrechte fehlen, oder seine Weigerung, eine solche Anordnung zu ändern. Die Polizei ist zum Einschreiten nur berechtigt, nicht verpflichtet; sie muß indessen einschreiten, wenn nach den Umständen des einzelnen Falles anzunehmen ist, daß das Interesse des Lehrlings gefährdet ist. Die Art der Ausübung des polizeilichen Zwanges richtet sich nach den Landesgesetzen. Vgl. auch die Strafbestimmung in § 82 Abs. 2.

§ 82.

Pflichtwidrigkeit des Lehrherrn. Strafvorschrift.

Wer die ihm nach § 62 Abs. 1, 2 oder nach § 76 Abs. 2, 3 dem Lehrlinge gegenüber obliegenden Pflichten in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark bestraft.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher entgegen der Vorschrift des § 81 Handlungslehrlinge hält, ausbildet oder ausbilden läßt.

ADH. — **Entw. I** § 73. **Entw. II** —

Diese Strafvorschrift ist von der Reichstagskommission aufgenommen worden (KB. 45). Durch den Zusatz „in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise" ist ausgeschlossen eine Bestrafung wegen Verabsäumung derjenigen Verpflichtungen, die dem Geschäftsherrn nur bezüglich des Anstandes (§ 62 Abs. 1), der Religion (§ 62 Abs. 2, § 76 Abs. 3) und der Arbeitsamkeit (§ 76 Abs. 3) des Lehrlings obliegen. — Wer der nach § 62 verpflichtete „Prinzipal" ist, vgl. § 59 Anm. IV. Verpflichtet nach § 76 ist nicht auch der in § 76 Abs. 2 bezeichnete „Vertreter". Dagegen richtet sich § 82 Abs. 2 nicht nur gegen den Lehrherrn, sondern auch gegen eine andere „mit der Anleitung von Handlungslehrlingen befaßte" (§ 81 Abs. 2) Person. — In der Nichterfüllung der Pflichten seitens des Lehrherrn liegt auch eine Verletzung des Lehrvertrages (RG. 37 327), und hieraus ergeben sich weitere privatrechtliche Folgerungen.

III. Andere Bedienstete des Kaufmanns (§ 83).

§ 83.

Hinsichtlich der Personen, welche in dem Betrieb eines Handelsgewerbes andere als kaufmännische Dienste leisten, bewendet es bei den für das Arbeitsverhältniß dieser Personen geltenden Vorschriften.

ADH. Art. 65. **Entw. I** § 74. **Entw. II** § 81.

I. **Gewerbliche Arbeiter (Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker, Fabrikarbeiter).** Ihre Verhältnisse sind geregelt durch die allgemeinen Bestimmungen des BGB. §§ 611—630 über den Dienstvertrag und die Bestimmungen des Titels VII der Gewerbeordnung (RGBl. 00 937). Hierher gehören diejenigen Personen, die — sei es durch Handarbeit ohne besondere Fachkenntnisse, sei es durch Anleitung und Beaufsichtigung — die auf Bearbeitung oder Verarbeitung oder auf etwa erforderliche Fortbewegung der Waren oder Personen bezüglichen Dienste leisten oder bei dergleichen Arbeiten helfend mitwirken (OLG. Braunschweig 20 II 03 OLGRspr. 6 349). Beispielsweise sind hierzu gerechnet worden: der Koch eines als Kaufmann anzusehenden Restaurateurs (ROH. 10 298, vgl. RG. 1 268; unter Umständen kann er zum Gesinde gehören) oder Hotelbesitzers (OLG. Colmar 17 III 05 OLGRspr. 10 329), Kellner und Oberkellner in Gastwirtschaften (ROH. 24 270, KG. 11 X 04 OLGRspr. 10 149), der Garderobier in einer Schankwirtschaft oder einem Theater (LG. I Berlin KGBl. 99 37), der in einer Tuchfabrik zur Überwachung des technischen Betriebes angestellte Webermeister (ROH. 11 387), der Zuschneider in einem Kleidergeschäft (ROH. 21 18,

OLG. Marienwerder 6 V 02 OLGRspr. 6 240), der Berichterstatter einer Zeitung im Verhältnis zu dem Verleger (ROH. 14 23, RG. 1 268), die Probierdame (BerlHandelsgebr. 2 77), Fabrikarbeiter, Werkmeister, Ingeniöre in einer Fabrik (RG. 1 268), Ziegelmeister, Fabrikmeister, Braumeister (RG. 37 279), ein Brennereidirektor (RG. 38 26), die zur tatsächlichen Ausführung der Beförderung von einem Frachtführer Angestellten (ROH. 17 309), Omnibusschaffner (LG. I Berlin in ZHR. 42 513; über Bahnschaffner vgl. unten Anm. V), Bierfahrer (KG. 11 X 04 OLGRspr. 10 149; dagegen RG. 25 VI 90 JW. 295[3]; vgl. BerlHandelsgebr. 2 30), Adressenschreiber (BerlHandelgebr. 2 78), Verteiler von Reklameartikeln (BerlHandelsgebr. 2 79), Musterzeichner, Porzellanmaler, Konstruktöre und andere Künstler, die von einem Gewerbetreibenden zur Herstellung eines — wenn auch kunst- — gewerblichen Erzeugnisses beschäftigt werden (RG. 17 92). — Nicht gewerbliche Arbeiter, sondern Künstler (unten Anm. V) sind Sänger und Schauspieler (RG. 41 55), aber auch die Musiker und Choristen an einem Theater (RG. 17 91). Eine ähnliche Stellung haben Tierbändiger; auch bei ihnen liegt der Schwerpunkt in der Vorführung der eigenen Leistungen, nicht in der Herstellung eines Gewerbserzeugnisses des Unternehmers (RG. 37 67). Nicht gewerbliche Arbeiter sind ferner diejenigen Werkmeister, die nicht im (§ 59 Anm. Ia) Gewerbebetrieb eines Unternehmers mit einem gewissen Maß der Unterordnung und Unselbständigkeit beschäftigt sind, sondern außerhalb jenes Gewerbebetriebes selbständig dem Unternehmer gegenüberstehen (RG. 37 280). Über die Stellung eines Fuhrmanns, der, ohne seine Selbständigkeit aufzugeben, sich vertraglich verpflichtet, die Fuhren für eine Fabrik während längerer Zeit zu leisten, s. RG. 38 114. Nicht den Bestimmungen der GewO. unterliegen unter anderen die Betriebe der Auswanderungsunternehmer, Auswanderungsagenten, Versicherungsunternehmer, Eisenbahnunternehmer (GewO. § 6). Über die Stellung der Apothekergehilfen vgl. § 59 Anm Ic.

II. **Gesinde.** Für die Verhältnisse des Gesindes ist (mit Ausnahme einiger Bestimmungen) nicht das BGB., sondern Landesrecht maßgebend geblieben (EGBGB. Art. 95). Für die landrechtlichen Provinzen Preußens kommt die Gesindeordnung v. 8. November 1810 (GS. 101) zur Anwendung. Die Dienste müssen „häusliche oder wirtschaftliche" (§ 1 Gesinde-Ordnung) nicht höherer Art (BGB. § 622, LR. §§ 177, 187 II, 5) sein. Zum Gesinde sind Personen nicht zu rechnen, die nicht in die häusliche Gemeinschaft der Herrschaft aufgenommen und ihrer Zucht (vgl. jedoch EGBGB. Art. 95 Abs. 3) und der Hausordnung unterworfen sind (Str. 88 221). Die Beziehung zur Familie und zum Haushalt muß eine enge sein (ROH. 10 298). Nicht zum Gesinde gehören daher z. B. Markthelfer und Kontorboten, Laufburschen, Stiefelputzer, Aufwartefrauen (Str. 88 221).

III. **Schiffer, Schiffsmannschaft, Floßführer und Floßmannschaft.** Ihre Verhältnisse sind geordnet durch HGB. §§ 511 ff., GewO. § 6, Seemannsordnung v. 2. Juni 1902 (RGBl. 175), Binnenschiffahrtsgesetz v. 15. Juni 1895 (neue Fassung RGBl. 98 868), Flößereigesetz v. 15. Juni 1895 (RGBl. 341). Ob der Schiffer eines Seeschiffs Handlungsgehilfe, vgl. § 59 Anm. Ic.

IV. **Öffentliche Beamte, Lehrer, Geistliche.** Für ihr Arbeitsverhältnis gelten (EGBGB. Art. 32, 43, 80, 81) die Vorschriften des Reichsbeamtengesetzes 31 III 73 / 25 V 87 (RGBl. 73 61 / 87 194) und ergänzender Reichsgesetze sowie der Landesgesetze.

V. **Sonstige Bedienstete.** Für das Arbeitsverhältnis solcher Personen sind die Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag (§§ 611—630) maßgebend. Nicht notwendig braucht, wer einem Kaufmann Dienste leistet, entweder Handlungsgehilfe, oder gewerblicher Arbeiter oder Gesinde zu sein (LG. I Berlin 17 I 99 KGBl. 39). Lediglich den allgemeinen Vorschriften unterliegen daher im Zweifel, wenngleich der Dienstherr Kaufmann ist, z. B. Stenographen oder Registratoren (KG. 11 XI 99 KGBl. 00 21), Künstler (oben Anm. I), Betriebsbeamte (z. B. Schaffner) einer Bahn (KG. 21 VII 02 [04?] OLGRspr. 9 249).

Siebenter Abschnitt.

Handlungsagenten.

§ 84.

Begriff des Handlungsagenten. Pflichten.

Wer, ohne als Handlungsgehülfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines Anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des Anderen abzuschließen (Handlungsagent), hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen.

Er ist verpflichtet, dem Geschäftsherrn die erforderlichen Nachrichten zu geben, namentlich ihm von jedem Geschäftsabschluß unverzüglich Anzeige zu machen.

ADH. — **Entw. I § 75.** **Entw. II § 82.**

I. Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
II. Begriff des Handlungsagenten.
III. Pflichten des Handlungsagenten.
IV. Gewerbepolizeiliche Vorschriften.

I. **Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.** Auf die Handlungsagenten finden außer den besonderen Vorschriften des HGB. der Allgemeine Teil (Buch I) des BGB. Anwendung. Zweifelhaft ist, ob der Agenturvertrag eine Art des Geschäftsbesorgungs-Dienstvertrages (so OLG. Hamburg 7 VII 03 OLGRspr. 7 385, Staub Anm. 4, Düringer-Hachenburg Anm. III, Lehmann Nr. 4, Goldmann Anm. 1, Immerwahr 14, Jacusiel 3, vgl. RG. 24 X 04 JW. 05 20; dagegen nach früherem Recht RG. 31 60), oder ob er ein davon verschiedener selbständiger Vertrag ist (so Planck[2] Vorbem. III 5 zu Buch II Abschn. 7 Tit. 6, OLG. Hamburg 7 XI 04 OLGRspr. 10 205, 7 X 04 OLGRspr. 10 237, OLG. Dresden 9 VI 02 Annalen 24 141; vgl. auch § 92 „Vertragsverhältnis" mit § 70 „Dienstverhältnis"). In ersterem Fall würden die Vorschriften des BGB. über Dienstverträge ergänzend anzuwenden sein, in letzterem würde nur eine entsprechende Anwendung in Frage kommen. Geht man davon aus, daß unter den Begriff des Dienstvertrages nach gemeinbürgerlichem Recht auch das Bedingen von Diensten höherer Art gegen Einzelvergütung fällt (vgl. BGB. § 627), so sind doch — ohne daß aus der Fassung des BGB. ein Anhalt dafür zu entnehmen — einige Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag unanwendbar auf dergleichen Verträge und also jedenfalls auch auf den Agenturvertrag. So namentlich BGB. § 616, betr. Vergütung trotz unverschuldeter Hinderung des Dienstverpflichteten während nicht erheblicher Zeit (Düringer-Hachenburg Anm. III 2, vgl. Planck[2] § 616 Anm. 2a; dagegen Staub § 92 Anm. 12), und wohl auch § 629, betr. Zeitgewährung zum Aufsuchen eines anderen Dienstes nach Kündigung, und § 630, betr. Anspruch auf Zeugnis. Daher bleiben, selbst wenn man den Agenturvertrag als Dienstvertrag auffassen wollte, wenige Vorschriften des BGB. übrig, die, ohne entweder ohnedies selbstverständlich oder durch die Regelung in HGB. §§ 84 ff. ersetzt zu sein, auf den Agenturvertrag anwendbar wären.

Dazu kommt, daß der Vertrag des Vermittelungsagenten, falls der Agenturvertrag kein selbständiger Vertrag wäre, unter den Begriff des Maklervertrages einzureihen wäre. Denn dem Vermittelungsagenten wird „für die Vermittelung eines Vertrags" „ein Lohn versprochen", und der Maklervertrag des BGB. umfaßt (BGB. § 654) auch den Fall, daß der Makler nur für einen Teil — nicht für beide Teile, wie der „Handelsmakler" — tätig werden soll. Daher würde, wenn man den Agenturvertrag als unter die im BGB. aufgezählten Schuldverhältnisse fallend ansehen wollte, der Vertrag des Abschlußagenten zum Teil anderen Regeln unterstellt werden müssen als der Vertrag des Vermittelungsagenten, und zwar selbst dann, wenn man (was streitig, vgl. § 93 Anm. II) bestimmte Arten von Maklerverträgen und insbesondere einen Maklervertrag von dem Inhalt eines Vermittelungsagentenvertrages als eine Art des Dienstvertrages anzusehen hätte.

Deshalb ist der Ansicht Plancks der Vorzug zu geben, daß der Agenturvertrag (und zwar sowohl der des Abschluß- wie der des Vermittelungsagenten) ein selbständiger Vertrag ist, auf den mithin die Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag oder über den Maklervertrag keine unmittelbare Anwendung finden, so daß vielmehr nur eine entsprechende Anwendung einzelner dieser Vorschriften in Frage kommen kann.

Zu den hiernach auf den Agenturvertrag entsprechend anwendbaren Vorschriften sind die in BGB. § 675 aufgeführten §§ 663, 665—670, 672—674 BGB. zu rechnen, da sie, wie sich aus BGB. § 675 ergibt, nicht auf das Gebiet eines einzelnen der im BGB. getrennt aufgeführten Schuldverhältnisse beschränkt sind, sondern auf alle Verträge passen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben; zu diesen aber gehört auch der Agenturvertrag.

Der Agenturvertrag ist nicht Auftrag im Sinn des BGB. (dagegen RG. 12 X 00 JW. 784[6] nach früherem rheinischem Recht), da nach BGB. § 662 der „Auftrag" eine unentgeltliche, das Agenturverhältnis eine entgeltliche (unten Anm. II e) Geschäftsbesorgung voraussetzt. Er ist, wenngleich der Hauptteil der bedungenen Vergütung sich nach dem erzielten Erfolg zu richten pflegt, nicht Werkvertrag (dagegen 12. Aufl.), weil der Agent ständige Bemühungen übernimmt (vgl. § 383 Anm. I b); dagegen erscheint nicht durchschlagend gegen die Annahme eines Werkvertrages die Erwägung einiger Schriftsteller, daß der Agent sich nicht zur Herstellung des versprochenen Werks, sondern nur zu einer auf Herstellung gerichteten Bemühung verpflichte, denn in Wahrheit verpflichtet er sich zur Beschaffung eines Erfolges, nämlich der unter den gegebenen Umständen erreichbaren Abschlüsse oder Vertragsangebote der Kunden, nur daß die Besonderheit besteht, daß das Übernommene inhaltlich durch dessen Erreichbarkeit begrenzt ist, wie z. B. ein Werkvertrag auch vorliegen würde, wenn jemand übernehmen würde, eine Mole unter der Voraussetzung zu bauen, daß dies mit einer bestimmt begrenzten Menge Zement ausführbar sei, und wenn sich demnächst im Verlauf der Bauarbeiten ergibt, daß mit einer so geringen Menge Zement die Mole nicht herstellbar ist. Der Agenturvertrag ist auch kein gesellschaftsähnliches Verhältnis (dagegen RG. **31** 60, **36** 200), denn nicht der Abschlußagent und noch weniger der Vermittelungsagent ist nach Art eines Gesellschafters gleichgeordnet dem Geschäftsherrn, und Agent und Geschäftsherr verfolgen einen gemeinsamen Zweck (BGB. § 705) nicht in höherem Grad als die Vertragsparteien bei jedem Vertrag.

II. **Begriff des Handlungsagenten.**

a. **Vermittelungsagent und Abschlußagent.** Der § 84 unterscheidet diese beiden Arten von Handlungsagenten (ebenso bereits ROH. 2 303). Die §§ 86—92 beziehen sich auf beide Arten, der § 85 nur auf erstere Art der Agenten. Beide Arten des Agenturverhältnisses stehen selbständig nebeneinander, der Agent kann nur mit dem Abschluß, nicht mit Vermittelung betraut sein. Daher ist nicht zutreffend die Ansicht (Staub Anm. 8, Jacusiel 4, Goldmann Anm. 1), daß jeder Agent mit Vermittelung beauftragt sei, der Abschlußagent nur überdies Abschlußvollmacht habe. Richtig ist nur, daß der Ausdruck „betraut" nicht ganz zutreffend gewählt ist, weil er auf das innere Verhältnis verweist, während „Abschlußagent" auch derjenige ist, der im inneren Verhältnis nur Vermittelungsauftrag, nach außen aber darüber hinaus Abschlußvollmacht hat. Sowohl der Abschlußagent wie der Vermittelungsagent sind Kaufleute (§ 1 Abs. 2 Nr. 7), bei geringem Agenturbetrieb allerdings Minderkaufleute (§ 4, D. 68); sie sind selbständige Gewerbetreibende (D. 67). Der Abschlußagent ist Handlungsbevollmächtigter (und auf ihn finden daher — soweit für Handlungsagenten nichts Abweichendes bestimmt ist — die Vorschriften über Handlungsbevollmächtigte Anwendung, D. 69), der Vermittelungsagent als solcher nicht; ersterer handelt in fremdem Namen, letzterer in eigenem; die Stellung des ersteren nähert sich derjenigen eines Handlungsgehilfen, die Stellung des letzteren derjenigen eines Handlungsmaklers. Dadurch, daß der Abschlußagent in fremdem Namen abschließt, unterscheidet er sich vom Kommissionär (D. 67). Ob im Einzelfall ein Abschlußagenturvertrag oder ein Vermittelungsagenturvertrag als vorliegend anzunehmen ist, vgl. § 85 Anm. I a.

b. **Ständig damit betraut, ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein.** Die Begriffsbestimmung des Handlungsagenten nimmt auf die Begriffsbestimmung des Handlungsgehilfen (§ 59 Anm. I) Bezug.

1. Unterscheidung vom Handlungsmakler. Nach D. 67 unterscheidet das dauernde Verhältnis zu einem oder mehreren Handlungshäusern und die sich daraus ergebende Verpflichtung, nur das Interesse der einen Vertragspartei zu vertreten, den Handlungsagenten vom Handlungsmakler. Die Grenze läßt sich aber wohl noch schärfer ziehen; der Abschlußagent ähnelt überhaupt nicht dem Handlungsmakler; Vermittelungsagent ist aber nicht jeder, der ständig von bestimmten Geschäftsherren mit Aufträgen betraut wird, sondern nur wer auf Grund eines Vertragsverhältnisses (Gegensatz: § 93) so betraut wird. Ein Vertragsverhältnis kann allerdings auch bei dem Agenturvertrag durch stillschweigende Willenserklärungen zustande kommen (ROH. 2 333).

2. Unterscheidung vom Handlungsgehilfen. Die Grenze zwischen dem Handlungsagenten und dem Handlungsgehilfen ist im Gesetz nicht durch bestimmte äußere Merkmale festgestellt. „Wesentlich ist, daß der Agent nicht ein unselbständiges Glied im Geschäftsorganismus des Handlungshauses bildet, sondern als selbständiger Gewerbetreibender tätig wird. ... Der Agent erhält in der Regel nur Provision, der Handlungsgehilfe dagegen festes Gehalt, daneben freilich oft auch Provision oder Tantieme; der Agent dient oft gleichzeitig mehreren Firmen, während dies beim Gehilfen nur selten vorkommen wird; der Agent ist meist an fremdem Ort tätig; er trägt seine Geschäftsunkosten selbst, wird insbesondere die Miete für seine Geschäftsräume in der Regel aus eigenen Mitteln entrichten, während sich alles dieses beim Handlungsgehilfen anders verhält" (D. 67). Agent, nicht Handlungsgehilfe, ist daher in der Regel z. B. der Generalagent von Versicherungsgesellschaften (KG. 18 III 01 KGJ. 22 A 76 OLGRspr. 3 401, OLG. Colmar 4 VIII 02 OLGRspr. 6 507; dagegen KGJ. 19 19). Ebenso der Stadtreisender, der gegen Provision und ein zur Deckung seiner Spesen bestimmtes kleines festes Gehalt angestellt ist (BerlHandelsgebr. 2 62). Dagegen ist Handlungsgehilfe, „nicht Agent", der gegen Provision angestellte Leiter eines Zweig-Verkaufsgeschäfts (RG. 17 II [illegible] HoldheimsMSchr. 115). Ein Beispiel eines reisenden Handlungsgehilfen, dessen Entlohnung in der Weise geregelt wurde, daß er 60% der eingehenden Abonnementsbeiträge des ersten Jahres für sich behalten durfte, in KG. 6 V 03 OLGRspr. 7 318. Ob im Vertrag das Verhältnis als das eines „Handlungsgehilfen" oder als das eines „Agenten" bezeichnet worden, ist nicht unbedingt entscheidend, aber doch wichtig als Anhalt für die Auslegung des Parteiwillens (OLG. Hamburg 26 II 04 OLGRspr. 8 388).

3. Ständigkeit. Daraus, daß das Verhältnis des Agenten zu seinem Machtgeber ein ständiges ist, folgt, daß wenn der Agent in bezug auf von ihm abgeschlossene oder vermittelte Geschäfte neue Aufträge von dem Dritten zur Übermittelung an jenen Machtgeber übernimmt, der Agent hierbei als Agent des letzteren, nicht als Bevollmächtigter des Dritten handelt (RG. 12 17). Inwieweit die vor oder bei Vertragsschluß abgegebenen Erklärungen des Agenten den Geschäftsherrn binden, vgl. § 86 Anm. II b 3. — Abgelehnt wurde der Antrag, die Bestimmungen des Abschnitts über Handlungsagenten auch auf Geschäfte für anwendbar zu erklären, die ein Agent im Betrieb seines Handelsgewerbes ohne ständig damit betraut zu sein, oder die ein Kaufmann, der nicht Handlungsagent ist, im Betrieb seines Handelsgewerbes für andere abschließt oder vermittelt. Für derartige gleichen Gelegenheitsgeschäfte kommen HGB. § 354 und ergänzend das Bürgerliche Gesetzbuch zur Anwendung (KB. 51), also bezüglich des Gelegenheits-Abschlußagenten die Vorschriften des BGB. und des HGB. §§ 54 ff. über Vollmacht, bezüglich des Gelegenheits-Vermittelungsagenten die Vorschriften des BGB. über Maklergeschäft, bezüglich beider außerdem die Vorschriften des BGB. §§ 663, 665—670, 672—674 (vgl. oben Anm. I) über Geschäftsbesorgungsverträge. Soweit damit vereinbar, werden auf den Gelegenheitsagenten auch die Bestimmungen des HGB. §§ 88, 90 entsprechend angewendet werden dürfen. Dagegen wohl nicht auch §§ 85, 86 (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. I 3), da sie ein ständiges Verhältnis voraussetzen. Nicht anwendbar auf Gelegenheitsagenten sind die Bestimmungen über Handelsmakler (Düringer-Hachenburg Anm. I 3, Goldmann Anm. 1; dagegen Staub Anm. 7), da der Agent Beauftragter nur einer Partei, der Handelsmakler aber Beauftragter beider Parteien (§ 98 Anm. I) ist. Wer, indem er

sich als „Agent“ bezeichnet, ohne vorherigen Auftrag einen Kunden persönlich zuführt oder brieflich oder fernsprechend anmeldet, kann nur dann Provision fordern, wenn dem Geschäftsherrn, dem er den Kunden zuführt, erkennbar war, daß er hierfür eine Vergütung beanspruchen wolle, und der Geschäftsherr dem nicht widerspricht (abweichend VerlHandelsgebr. 2 9).

c. **Für das Handelsgewerbe** eines anderen. Vgl. § 59 Anm. Ib. Ein Antrag, dies Begriffsmerkmal zu streichen, wurde in der Reichstagskommission abgelehnt (KB. 48). Handlungsagent ist nicht nur der Warenagent, sondern z. B. auch der Auswanderungs- und Beförderungsagent. Ebenso der Börsenremisier (KG. 18 IX 05 KGBl. 104). Auch der Versicherungsagent einer Versicherungsunternehmung, die (§ 1 Anm. XI) ein Handelsgewerbe ist. Auf die Agenten der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit finden die Vorschriften über Handlungsagenten entsprechende Anwendung (§ 1 Anm. XI). Einige Sonderbestimmungen über Versicherungsagenten sind in Aussicht genommen im Entwurf §§ 43ff. des Gesetzes über den Versicherungsvertrag.

d. **Eines anderen** Handelsgewerbe. Kein Agenturvertrag, sondern ein Vertrag über Eingehung von Kaufverträgen oder Agenturverträgen liegt in einer Vereinbarung, nach der jemand Waren eines anderen ständig beziehen und in eigenem Namen weiterverkaufen soll (RG. 46 123).

e. **Gegen Vergütung.** Dies Merkmal ist nicht ausdrücklich, wie bei den Handlungsgehilfen („gegen Entgelt“; § 59 Anm. Ie), in die Begriffsbestimmung aufgenommen; daß aber eine Vergütung gewährt wird, setzt § 88 voraus (vgl. auch KB. 47: der Agent sei nicht „Beauftragter“ nach BGB. §§ 662ff.).

III. **Pflichten des Handlungsagenten.**

a. **Wahrnehmung des Interesses des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.** Diese Pflicht folgt schon aus dem allgemeinen Grundsatz des § 347 (D. 68). Unter anderem gehört hierzu die Pflicht, sich eines schädigenden Wettbewerbes durch Geschäfte für eigene Rechnung oder durch Übernahme gleichartiger Vertretungen für andere Geschäftsherren — soweit derartiges in dem betreffenden Geschäftszweig nicht üblich ist — zu enthalten (D. 69). Ferner in der Regel (Ausnahmen in einzelnen Geschäftszweigen ROH. 22 122) die Pflicht, die Zahlungsfähigkeit der Personen, mit denen der Handlungsagent Geschäfte abschließt oder vermittelt, nach Möglichkeit zu prüfen. Der Agent, auch der Vermittelungsagent, hat in dieser Beziehung eine besondere Erkundigungspflicht; das bloße Überschreiben eines Kaufangebots ohne die Erwähnung etwa vorliegender Bedenken über die Borgwürdigkeit des Käufers enthält die Versicherung, daß dergleichen Bedenken nicht vorliegen, woraus indessen nicht folgt, daß der Agent (wenn er nicht Delkredere übernommen hat) für den Erfolg seiner Erkundigung haftet (ROH. 22 123). Die Pflicht der Berichterstattung liegt dem Agenten auch dann ob, wenn er von dem Eintritt der Borgunwürdigkeit zwar erst nach Abschluß des Vertrages aber doch zu einer Zeit Kunde erhält, in welcher dem Machtgeber noch die Möglichkeit gegeben ist, Maßregeln zur Wahrung seines Interesses zu ergreifen (RG. 18 112). — Den Agenten trifft die Beweislast (ROH. 6 216). — Hat der Agent Delkredere übernommen, so haftet er als Bürge (§ 394 Anm. IIa1), falls die Übernahme des Delkredere schriftlich erfolgt ist (BGB. § 766; vgl. HGB. § 348 Anm. I) oder der Agent nicht Minderkaufmann ist (HGB. §§ 350, 351).

b. **Berichterstattung, namentlich unverzügliche Anzeige von jedem Geschäftsabschluß.** Unverzüglich = ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121). Der Antrag, eine feste Frist von einer Woche für die Anzeige von Geschäftsabschlüssen zuzugestehen, wurde in der Reichstagskommission abgelehnt (KB. 48). Die D. 68 bemerkt: „Besonderer Vorschriften über die Pflicht des Agenten, Auskunft zu erteilen, die Anweisungen des Geschäftsherrn zu befolgen, Rechenschaft abzulegen und eingenommene Gelder herauszugeben, bedarf es nicht; in dieser Hinsicht genügen die Vorschriften der §§ 665—668 BGB.“ Die §§ 665—668 BGB., da sie vom „Auftrag“ handeln, sind zwar nicht unmittelbar, indessen sind sie entsprechend anwendbar (oben Anm. I). Die Nichtmitteilung von Gerüchten über eine schlechte Vermögenslage des Kunden begründet keine Verantwortlichkeit des Agenten, wenn dieser voraussetzen konnte, daß die

Kenntnis dieser Gerüchte auf den Entschluß des Machtgebers, mit dem Kunden in Geschäftsverbindung zu treten, keinen Einfluß gehabt haben würde (Bolze 15 Nr. 311).

c. **Persönliche Dienstleistung.** Im Zweifel hat der Agent seine Tätigkeit persönlich auszuüben (Immerwahr 115). Indessen kommen oft gegenteilige Abreden vor. Eine stillschweigende gegenteilige Abmachung liegt z. B. in dem Abschluß eines Agenturvertrags seitens eines Fabrikanten mit einem Handlungshaus mit festem Sitz, das, wie ersterem bekannt, seinerseits Verkaufsagenten zum Vertrieb der Waren der Auftraggeber reisen läßt. Über die Vollmacht der Unteragenten vgl. § 86 Anm. I.

IV. **Gewerbepolizeiliche Vorschriften.** Untersagung des Gewerbebetriebes ist zulässig bezüglich gewerbsmäßiger Vermittelungsagenten für Immobiliarverträge, Darlehen und Heiraten, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Agenten in bezug auf diesen Gewerbebetrieb dartun (GewO. § 35). Über die Grenzen der Befugnis zum Aufkauf von Waren oder Nachsuchen von Bestellungen im Umherreisen bestimmt GewO. § 44, ergänzt durch G 14 X 05 (RGBl. 759).

§ 85.

Abschluß durch Vermittelungsagent.

Hat ein Handlungsagent, der nur mit der Vermittelung von Geschäften betraut ist, ein Geschäft im Namen des Geschäftsherrn mit einem Dritten abgeschlossen, so gilt es als von dem Geschäftsherrn genehmigt, wenn dieser nicht unverzüglich, nachdem er von dem Abschlusse Kenntniß erlangt hat, dem Dritten gegenüber erklärt, daß er das Geschäft ablehne.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** § 83.

I. **Geschäftsabschluß durch Vermittelungsagent namens des Geschäftsherrn mit Dritten.**

a. **Vermittelungsagent.** Über die Unterscheidung vom Abschlußagent vgl. § 84 Anm. **IIa.** Das Gesetz enthält keine Vorschrift, daß der Agent im Zweifel Abschlußagent sei; vielmehr soll in dieser Beziehung entscheidend sein, welche Vollmacht tatsächlich erteilt ist (D. 69). Auch die Bezeichnung eines Agenten als „Vertreter" kennzeichnet ihn nicht als Abschlußagent (RG. 21 II 99 JW. 181[20], 30 X 00 JW. 804[5]). Die Warenverkaufsagenten (D. 69, ROH. 5 169, 19 86, 22 375) und die Versicherungsagenten (D. 69, RG. 46 185) sind in der Regel nur Vermittelungsagenten.

b. **Abschluß eines Geschäfts.** Der § 85 behandelt nur den Fall, daß der Vermittelungsagent unter Überschreitung seiner Vollmacht, indem er als Abschlußagent auftritt (D. 70), das Geschäft namens des Geschäftsherrn endgültig abschließt. Überschreitet dagegen der Vermittelungsagent nicht seine Vollmacht, schließt er mithin nicht ab, sondern nimmt er nur ein Angebot des Kunden zur Übermittelung an den Geschäftsherrn entgegen, so ist § 85 weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar (RG. 60 188, Immerwahr 94, Jacusiel 43; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. I, Staub Anm. 4, Lehmann 195 Fußnote 1, Goldmann Anm. 2); vielmehr besteht in letzterem Fall eine Beantwortungspflicht des Geschäftsherrn nur (BGB. §§ 146 ff.), wenn die Voraussetzungen des § 362 vorliegen. Als Abschlußagent tritt der Agent auf, auch wenn er ursprünglich nur als Vermittelungsagent ein Angebot angenommen hatte, demnächst aber mit der Behauptung, inzwischen die Genehmigung des Geschäftsherrn eingeholt zu haben, diese Genehmigung dem Kunden erklärt (vgl. OLG. Marienwerder 15 I 04 OLGRspr. 8 427). — Unerheblich ist, ob der Agent wußte, daß er durch den Abschluß seine Vollmacht überschreite, oder ob er über den Umfang seiner Vollmacht irrte.

II. **Erlangte Kenntnis des Geschäftsherrn vom Abschluß.**

a. **Erlangte Kenntnis.** Unerheblich ist, ob die Kenntnis durch den Agent, durch den Vertragsgegner oder von anderer Seite dem Geschäftsherrn zukommt (Goldmann Anm. 2; dagegen Staub Anm. 2).

b. **Von dem Abschluß** muß Kenntnis erlangt sein. Zweifelhaft ist, ob Kenntnis von der Tatsache eines Abschlusses genügt, oder ob die Kenntnis von allen wesentlichen Bedingungen

des abgeschlossenen Geschäfts erfordert ist (für ersteres Staub Anm. 3, für letzteres Düringer-Hachenburg Anm. III, Goldmann Anm. 2, Lehmann Nr. 2); der Ansicht Staubs wird beizutreten sein, denn in der Nichtablehnung troß Kenntnis von einem erfolgten Abschließen liegt die nachträgliche Erteilung einer Abschlußvollmacht an den Agent für das betreffende Geschäft, der Geschäftsherr muß daher dann die vom Agent vereinbarten Einzelheiten des erfolgten Abschlusses so gegen sich gelten lassen, wie wenn ein Abschlußagent abgeschlossen hätte. Will der Geschäftsherr die damit verbundene Gefahr nicht auf sich nehmen, so steht ihm frei, jedenfalls zunächst abzulehnen. Bei anderer Auslegung würde, wie Staub mit Recht hervorhebt, der § 85 dem Dritten nur ungenügenden Schutz gewähren.

III. **Wirkung** der Ablehnung oder Nichtablehnung.

a. **Lehnt der Geschäftsherr ab** unverzüglich nach erlangter Kenntnis, so wird der Geschäftsherr nicht gebunden. Der Agent haftet dann dem Dritten gemäß BGB. § 179. Die Ablehnungserklärung ist wirksam nur, wenn sie gegenüber dem Dritten, nicht auch, wenn sie gegenüber dem Agent erfolgt. Sie muß unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121) nach erlangter Kenntnis (oben Anm. II) geschehen.

b. **Lehnt der Geschäftsherr nicht ab** unverzüglich nach erlangter Kenntnis, so wird nach § 85 Genehmigung des Geschäfts durch den Geschäftsherrn unterstellt. Im Verhältnis zum Dritten ist daher der Geschäftsherr an das Geschäft gebunden, selbst wenn er dem Agent, der ihm Kenntnis vom Abschluß gibt, erklärt, daß er den Abschluß nicht billige. Der § 85 muß aber dahin eingeschränkt werden, daß die darin bestimmte Unterstellung der Genehmigung nur im Verhältnis zum Dritten wirkt, denn (D. 70) nur der Schutz Dritter war beabsichtigt. Die Unterstellung wirkt nicht auch im Verhältnis des Geschäftsherrn zum Agent; ob diesem gegenüber genehmigt, ist vielmehr unabhängig von § 85 zu entscheiden. So behält der Geschäftsherr den Rückgriff gegen den Agent z. B. wenn der Geschäftsherr zwar gegenüber dem Dritten infolge Schweigens troß Kenntnis von der Tatsache des Abschließens (oben Anm. II b) gebunden ist, aber wegen schuldhafter Verletzung der Benachrichtigungspflicht des Agenten erst nachträglich Einzelbestimmungen des Abschlusses, die ihn schädigen, zu seiner Kenntnis kommen.

§ 86.

Vollmacht des Platzagenten.

Zur Annahme von Zahlungen für den Geschäftsherrn sowie zur nachträglichen Bewilligung von Zahlungsfristen ist der Handlungsagent nur befugt, wenn ihm die Ermächtigung dazu besonders ertheilt ist.

Die Anzeige von Mängeln einer Waare, die Erklärung, daß eine Waare zur Verfügung gestellt werde, sowie andere Erklärungen solcher Art können dem Handlungsagenten gegenüber abgegeben werden.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** § 84.

I. **Platzagent.** Hierunter ist derjenige Agent verstanden, der von einer festen Niederlassung aus sein Gewerbe treibt, gleichgültig ob er hierbei im wesentlichen in seinem Geschäftsraum bleibt, oder ob er nur an dem Handelsplatz seines Wohnsitzes im Umhergehen tätig ist, oder ob er beide Tätigkeitsarten miteinander verbindet, und gleichgültig, ob seine Niederlassung sich am Handelsplatz der Niederlassung des Geschäftsherrn oder an anderem Ort befindet. Nur auf derartige Agenten im Gegensatz zu Agenten, welche Fern-Handlungsreisende sind (§ 87 Anm. I), bezieht sich der § 86. Im Abs. 1 gibt er eine Vorschrift, die der für handlungsbevollmächtigte Reisende gegebenen (§ 55 Abs. 2) entgegengesetzt ist; die Vorschrift des Abs. 2 stimmt mit der für handlungsbevollmächtigte Reisende gegebenen (§ 55 Abs. 3) im wesentlichen (nur das „anwesend" ist in § 86 fortgefallen) überein; in ersterer Beziehung ist die Vollmacht des Reisenden eine weitere, in letzterer Beziehung eine engere. Der § 86 bezieht sich sowohl auf Vermittlungs- wie auf Abschlußagenten. Hat der Agent eine feste Geschäftsniederlassung und ist er daneben auch als Fernreisender tätig, so wird auf diejenigen Rechtshandlungen, die er

von seiner festen Geschäftsniederlassung aus vornimmt, oder die ihm gegenüber dort vorgenommen werden, nicht — trotz seines Wortlauts — § 87, sondern § 86 anzuwenden sein, da dem Dritten, der weiß, daß der Agent von seiner festen Geschäftsniederlassung aus Geschäfte abschließt, nicht zugemutet werden kann, sich zu erkundigen, ob der Agent etwa mitunter auch reist, und da im Zweifel auch als dem Willen des Geschäftsherrn entsprechend anzusehen ist, daß in Ansehung der Annahme von Zahlungen und Bewilligung von Zahlungsfristen der Agent, solange er nicht reist, nicht die weitergehenden Rechte des Fernreisenden haben soll. — Wenn der Agent durch einen Unteragenten den Kunden besuchen läßt, so geht sowohl im Fall des § 86 wie auch in dem des § 87 insoweit die Vollmacht des Hauptagenten auf den Unteragenten über; der Geschäftsherr des Hauptagenten muß daher — vorbehaltlich des Rückgriffs gegen letzteren — z. B. die vom Kunden gegenüber dem Unteragent gemäß § 86 Abs. 2 abgegebenen Erklärungen gegen sich gelten lassen.

II. **Umfang der Vollmacht.** Zu beurteilen nach dem am Sitz des Agenten geltenden Recht und den dort herrschenden Handelsgebräuchen und Verkehrsanschauungen, soweit die Stellung des Agenten gegenüber Dritten in Betracht kommt, die mit ihm am Ort der Agentur verkehren (RG. **38** 196). Sondervorschriften sind für Versicherungsagenten in Aussicht genommen in §§ 43 ff. des Entwurfs eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag.

a. **Entgegennahme von Erklärungen** s. § 55 Anm. II c. Derartige Erklärungen können gegenüber dem Handlungsagent mit festem Sitz, auch wenn er nicht anwesend ist, abgegeben werden (anders bei Handlungsreisenden; §§ 87, 55 Abs. 3). Dies gilt auch bezüglich des Vermittlungsagenten (anders nach früherem Recht ROH. **15** 271).

b. **Im übrigen nur der gesetzliche Umfang der Handlungsvollmacht** (§ 54 Anm. II, III, P. 88, 108).

1. Gewillkürte Beschränkung. Soweit § 86 Abs. 2 nicht Platz greift, gelten die Bestimmungen des § 54 Abs. 3 über den Einfluß des Kennens oder Kennenmüssens Dritter von einer Beschränkung der Handlungsvollmacht. So kann z. B., auch soweit der Handlungsagent zum selbständigen Abschluß ermächtigt ist, der Vertragsgegner sich auf ein Abkommen mit ihm nicht berufen, wenn ihm bekannt ist, daß der Agent durch seine Zusage die ihm vom Geschäftsherrn erteilte Vollmacht überschreitet; so wenn der Geschäftsherr seinen gegenteiligen Willen dem Dritten bereits ausdrücklich erklärt hat (RG. **36** 42). Anders bei Überschreitung nur der Dienstanweisung ohne Überschreitung der Vollmacht, außer bei unerlaubtem Zusammenwirken des Dritten mit dem Agent zur Schädigung des Geschäftsherrn.

2. Annahme von Zahlungen und nachträgliche Bewilligung von Zahlungsfristen. Der § 86 Abs. 1 entscheidet einen Zweifel dahin, daß die einem Handlungsagent mit fester Geschäftsniederlassung erteilte Handlungsvollmacht gewöhnlich nicht mit sich bringt die Annahme von Zahlungen für den Geschäftsherrn und die nachträgliche Bewilligung von Zahlungsfristen (anders bei Handlungsreisenden; §§ 87, 55 Anm. II a, b). Die Befugnis zu den letzterwähnten Rechtshandlungen kann jedoch (wie jede Vollmacht, die den gesetzlichen Umfang der Handlungsvollmacht überschreitet; § 54 Anm. II b) besonders (Gegensatz: ausdrücklich; § 49 Anm. III a) erteilt werden. In der widerspruchslosen Duldung der Annahme von Teilzahlungen auf eine Forderung oder von einzelnen Zahlungen in laufender Geschäftsverbindung oder von Zahlungen anderer Kunden liegt in der Regel keine „besondere Ermächtigung" zur Annahme der Restforderung bzw. sonstiger Zahlungen (ROH. **19** 127; dagegen ROH. **9** 105, **13** 212). Eine vertragliche Pflicht, auf Verlangen des Geschäftsherrn die Einkassierung zu besorgen, ist an sich keine genügende Vollmacht zur Einkassierung (ROH. **19** 126). Über die Widerruflichkeit einer etwa erteilten Einziehungsvollmacht vgl. § 92 Anm. I a.

3. Erklärungen des Agenten gegenüber Drittem vor oder bei Vertragsabschluß. Die vor oder bei dem Geschäftsabschluß als Bestandteil der Vertragsabrede abgegebenen Erklärungen des Agenten stehen seinem Geschäftsherrn entgegen, soweit er sie als dessen Bevollmächtigter abgibt. Für nicht vertragsmäßig, sondern nur bei Gelegenheit des Vertragsabschlusses gemachte Angaben des Stellvertreters haftet dagegen der Machtgeber nicht (RG. 8 VII 05 JW. 527[5]). In den Grenzen der Vollmacht auch

des **Vermittelungsagenten** liegt es, daß er dem Dritten Auskunft über die **Grundlagen** des einzugehenden Geschäftsverkehrs gibt (RG. **30** 30). Auch der **Vermittelungsagent** handelt bei seiner den Vertragschluß vorbereitenden Tätigkeit im Zweifel als Vertreter des Geschäftsherrn (RG. 51 150). Deshalb muß der Geschäftsherr das vom Agent im Rahmen der ihm zugewiesenen Tätigkeit vermittelte und dem Geschäftsherrn als solches bekannte Geschäft, wenn dieser daraufhin das Geschäft abgeschlossen hat, es so gelten lassen, wie der Agent es mit dem Kunden beredet hat (RG. **30** 217, **51** 150; dagegen bei ungenehmigten Zusicherungen des Vermittelungsagenten RG. 11 V 04 JW. 354[3]) und wie es von dem Dritten nach den mit dem Agent gepflogenen Verhandlungen nur gemeint sein konnte, gleichviel ob der Geschäftsherr die vom Agent dem Dritten gemachten Eröffnungen (z. B. daß die Geschäfte reine Differenzgeschäfte sein sollten) kannte oder nicht (RG. **30** 30, 217). Anders nur, wenn der Vertragsgegner wußte oder nicht im Zweifel darüber sein konnte, daß das von dem Agenten Erklärte im Widerspruch mit dem Willen des Geschäftsherrn stehe (RG. **51** 151). So z. B. wenn die Erklärung des Agenten dem klaren Inhalt des unmittelbar mit dem Geschäftsherrn abgeschlossenen schriftlichen Vertrags entgegensteht (RG. 1 III 04 JW. 216[34]), außer wenn der Geschäftsherr durch eigenes Verhalten, z. B. durch Nichtaufklärung trotz Kenntnis von der Zusicherung des Agenten, mitwirkt (RG. 1 III 04 JW. 216[34]). Unter Umständen kann jedoch der Agent auch gegenüber seinem ständigen Auftraggeber als Bevollmächtigter des **Vertragsgegners** handeln; so z. B. wenn letzterer ihn mit Ausfüllung eines Versicherungsantrages beauftragt, während die allgemeinen Versicherungsbedingungen, denen der Vertragsgegner sich unterworfen hat, bestimmen, daß der Antragsteller für die Ausfüllung auch dann verantwortlich sei, wenn sie durch einen Vertreter der Gesellschaft geschieht (RG. **39** 180, **46** 187), außer bei Beantwortung von Fragen über Tatsachen, die jedem Dritten und auch dem Agent ebenso wie dem Antragsteller erkennbar sind oder bezüglich deren der Agent sachkundiger ist als der Antragsteller (RG. **46** 189).

4. **Spätere Geschäfte.** Tatfrage ist, ob nach dem Willen der Parteien ein späteres, namentlich ein **ohne** Vermittelung des Agenten abgeschlossenes Geschäft auf derselben Grundlage wie die früheren Geschäfte abgeschlossen werden sollte; dies ist in der Regel anzunehmen, wenn nach einer Reihe durch den Schriftwechsel des Agenten vermittelter Geschäfte ein äußerlich gleichartiges unmittelbar durch Schriftwechsel der Parteien geschlossen wird (RG. **39** 300).

§ 87.

Vollmacht des fernreisenden Agenten.

Ist der Handlungsagent als Handlungsreisender thätig, so finden die Vorschriften des § 55 Anwendung.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** § 85.

I. **Als Reisender tätiger Handlungsagent.** Wie aus der Verweisung auf § 55 Abs. 1 hervorgeht, bezieht sich § 87 nur auf die Reisetätigkeit an Orten, an denen sich keine Niederlassung des Geschäftsherrn befindet. Ob § 86 oder § 87 anwendbar, wenn der Agent außer auf Fernreisen auch von einer festen Geschäftsniederlassung aus sein Gewerbe treibt, vgl. § 86 Anm. I. Der § 87 bezieht sich, insoweit er den § 55 Abs. 2 für anwendbar erklärt, nur auf Abschlußagenten oder auf Vermittelungsagenten, deren unter Vollmachtsüberschreitung vorgenommene Abschlüsse entweder genehmigt worden sind oder nach § 85 als genehmigt gelten, denn § 55 Abs. 2 setzt voraus, daß der Reisende den betreffenden Verkauf abgeschlossen hat Insoweit der § 87 den § 55 Abs. 3 für anwendbar erklärt, bezieht er sich unterschiedslos auf Abschluß- und auf Vermittelungsagenten, denn (§ 55 Anm. II c) § 55 Abs. 3 ist nicht auf die von dem Reisenden abgeschlossenen Geschäfte beschränkt. — Über Unteragenten vgl. § 86 Anm. I.

II. **Inhalt der Vollmacht** des fernreisenden Agenten. Vgl. § 55 Anm. II. Soweit § 55 nicht eingreift, kommen die allgemeinen Regeln über Handlungsvollmachten (§ 54 Anm. II, III § 86 Anm. II b 1, 3, 4) zur Anwendung.

§ 88.

Provisionsanspruch.

Soweit nicht über die dem Handlungsagenten zu gewährende Vergütung ein Anderes vereinbart ist, gebührt ihm eine Provision für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft, welches durch seine Thätigkeit zu Stande gekommen ist. Besteht die Thätigkeit des Handlungsagenten in der Vermittelung oder Abschließung von Verkäufen, so ist im Zweifel der Anspruch auf die Provision erst nach dem Eingange der Zahlung und nur nach dem Verhältnisse des eingegangenen Betrags erworben.

Ist die Ausführung eines Geschäfts in Folge des Verhaltens des Geschäftsherrn ganz oder theilweise unterblieben, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorlagen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist, so hat der Handlungsagent die volle Provision zu beanspruchen.

Ist die Höhe der Provision nicht bestimmt, so ist die übliche Provision zu entrichten.

Die Abrechnung über die zu zahlenden Provisionen findet, soweit nicht ein Anderes vereinbart ist, am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahrs statt.

ADH. — **Entw. I** § 77. **Entw. II** § 86.

I. **Entstehung des Provisionsanspruchs (Abs. 1, 2).**

a. **Soweit nicht ein anderes vereinbart ist.** In erster Reihe gilt die Parteiabrede (Beispiel bei Bolze 21 Nr. 413). Nur soweit eine solche nicht getroffen ist, kommen die Bestimmungen des § 88 (nur insoweit auch Abs. 2) zur Anwendung. Nicht selten ist z. B. die Abrede, daß der Agent einen Bruchteil des von ihm über bestimmte Normalpreise hinaus erzielten Preisüberschusses erhalten solle (ROH. 18 2); diese Gestaltung entspricht der Gewährung eines Reingewinnanteiles an Handlungsgehilfen (§ 59 Anm. III b). Auch kann festes Gehalt, z. B. in Form fester Spesenvergütung, vereinbart sein (OLG. Hamburg 26 II 04 OLGRspr. 8 388).

b. **Durch die Tätigkeit des Agenten zu stande gekommen** muß das Geschäft sein, wenn betreffs dieses Geschäfts ein Provisionsanspruch des Agenten entstehen soll.

1. Allgemeines. Das Geschäft muß zu stande gekommen sein; der Vertrag muß also zum Abschluß gelangt sein. Er darf weder von Anfang an nichtig noch mit Recht gemäß den Bestimmungen des BGB. angefochten sein; eine Anfechtung im Konkurs macht zwar das Zustandekommen nicht ungeschehen, kann jedoch, wenn daraufhin der Geschäftsherr das ihm vom Dritten Übergebene zurückgeben muß, in entsprechender Anwendung des § 8 Abs. 1 Satz 2 den erworbenen Provisionsanspruch wieder aufheben. — Durch die Tätigkeit des Agenten muß das Geschäft zu stande gekommen sein; diese Tätigkeit muß daher ursächlich sein für das Zustandekommen. Kommt kein Geschäft zu stande, weil infolge Verschuldens des Geschäftsherrn niemand mit ihm in Geschäftsverbindung treten will, so folgt nicht schon hieraus eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsherrn gegenüber dem Agent (OLG. Hamburg 21 II 02 OLGRspr. 4 242). Ob unter Umständen bei Unterbleiben eines Abschließens durch Schuld des Geschäftsherrn der Agent dennoch Provision fordern kann, vgl. unten Anm. I c 2 a.

2. Unmittelbarer Abschluß mit einem durch den Agent zugeführten Kunden. Durch die Tätigkeit des Agenten zu stande gekommen sind nicht nur diejenigen einzelnen Geschäfte, die der Agent abgeschlossen bzw. vermittelt hat, sondern auch Geschäfte mit denjenigen Kunden, die ursprünglich durch den Agent dem Geschäftsherrn zugeführt worden sind, später aber infolge der begonnenen Geschäftsverbindung unmittelbar mit dem Geschäftsherrn gleichartige Verträge schließen. Denn auch diese Geschäfte sind nicht ohne seine Tätigkeit zu stande gekommen. Daher ist — soweit nicht in dem betreffenden einzelnen

Geschäftszweig eine gegenteilige Verkehrsübung besteht, oder im Einzelfall eine gegenteilige Abrede getroffen ist — auch von dergleichen Geschäften Provision zu zahlen (BerlHandelsgebr. 1 22 Nr. 42, 1 39 Nr. 4, 2 51 Nr. 81—83, BreslHandelsgebr. 34 Nr. 85, 37 Nr. 96, 38 Nr. 100, Goldmann Anm. 1, Immerwahr 139, Jacusiel 26; dagegen Staub Anm. 1, abweichend auch BerlHandelsgebr. 1 22 Nr. 43), solange der Agenturvertrag besteht (vgl. Bolze 23 Nr. 434).

3. Zusammenwirken mehrerer Agenten. Wirken mehrere Agenten zusammen, so wird im Zweifel anzunehmen sein, daß jeder von ihnen einen Anspruch auf Provision für die unter seiner Mitwirkung (Bolze 23 Nr. 437) zu stande gekommenen Geschäfte erwirbt, daß sie jedoch eine der Höhe nach angemessen auszuwerfende Gesamtprovision unter sich in angemessenem Verhältnis zu teilen haben. Der Parteiwille kann jedoch auch dahin gehen (Bolze 23 Nr. 436), daß jeder der mehreren Agenten volle Provision erhalten solle.

4. Endigung des Agenturvertrages. Auch dann ist ein Geschäft durch die Tätigkeit des Agenten zu stande gekommen, wenn beim Abschlußagenten der Abschluß, beim Vermittelungsagenten die Übermittelung noch vor Erlöschen des Agenturverhältnisses stattgefunden hat; kommt später die Ausführung hinzu oder liegen die Voraussetzungen des § 88 Abs. 2 vor, so erwirbt der Agent den Provisionsanspruch, auch wenn noch vor Erledigung der späteren Abschnitte der Geschäftsabwicklung (beim Vermittelungsagenten: Abschluß, vgl. BerlHandelsgebr. 2 7; bei beiden Arten von Agenten: Ausführung des Geschäfts durch den Machtgeber und Eingang der Gegenleistung) das Agenturverhältnis erlischt. Das Gegenteil könnte man allerdings für Verkaufsagenten aus § 88 Abs. 1 Satz 2 folgern wollen; indessen liegt nur eine ungenaue Fassung vor; das „erworben" soll nur „als unbedingter erworben" bedeuten (ebenso Staub Anm. 1), nicht etwa sollte darauf Rücksicht genommen werden, daß der Agent auch noch bei Abwicklung des Geschäfts eine Tätigkeit auszuüben hat, denn hierdurch würde höchstens ein kleiner Abzug von der Provision sich rechtfertigen. Jedenfalls aber schließt § 88 Abs. 1 Satz 2 für den Einzelfall die Annahme eines gegenteiligen Parteiwillens nicht aus, und sollte man jene Bestimmung, entgegen der hier vertretenen Ansicht, streng ihrem Wortsinn gemäß auslegen müssen, so wird ein solcher gegenteiliger Parteiwille oft anzunehmen sein. — Die im Weg des Report- oder Deportgeschäfts geschehene Verlängerung eines Zeitgeschäfts ist ein selbständiges neues Geschäft; endete das Agenturverhältnis schon vor Abschluß dieses Verlängerungsgeschäfts, so hat der Agent von letzterem keine Provision zu beanspruchen (RG. 18 IX 05 RGBl. 104).

c. **Entweder zur Ausführung gelangt oder infolge Verhaltens des Geschäftsherrn ohne wichtigen Grund in der Person des Vertragsgegners unausgeführt geblieben** muß das durch die Tätigkeit des Agenten zu stande gekommene Geschäft sein, wenn ein Provisionsanspruch des Agenten entstehen soll. Ähnlich beim Kommissionär § 396.

1. Zur Ausführung gelangt. Vgl. § 396 Anm. I a 1. Die Ausführung wird vom Abschluß unterschieden. Unter „Ausführung" wird „beiderseitige Erfüllung der wesentlicheren Vertragsbestimmungen" zu verstehen sein. Ob zur „Ausführung" die vollständige Abwicklung der beiderseitigen Leistungen gehöre, wollte das Gesetz nicht für alle Fälle gleichmäßig entscheiden (P. 1206, D. 71); unter Umständen wird daher hierzu ein Weniger als die vollständige Erfüllung gehören (ROH. 20 325), namentlich auch eine Abwicklung in anderer Art als ursprünglich vereinbart (Str. 48 140). — Nur für Verkaufsagenten ist die ausdrückliche Bestimmung aufgenommen, die Vertragsabrede sei im Zweifel dahin auszulegen, daß die Provision erst nach Eingang der Zahlung verdient sei. Entsprechendes gilt auch bei Agenten, welche Kommissionsgeschäfte vermitteln; der Agent des Kommissionärs kann Provision erst fordern, nachdem der Kommissionär seinerseits Provision und Auslagenersatz erhalten hat (Bolze 23 Nr. 434). — Ist die Ausführung nur teilweise erfolgt, und hat die Teilausführung selbständigen wirtschaftlichen Wert, so erhält im Zweifel der Agent Provision von dem ausgeführten Teil. Ausdrücklich ist auch dies in § 88 Abs. 1 nur für Verkaufsagenten ausgesprochen, aber allgemeiner anwendbar. Der Geschäftsherr kann in solchen Fällen (mangels etwaiger entgegengesetzter

Abrede) nicht die Zahlung der ganzen Provision verweigern, weil nur ein Teil ausgeführt sei; vorbehalten bleibt ihm selbstverständlich die Aufrechnung mit seinem Schadensersatzanspruch bei etwa vorliegendem Verschulden des Agenten (D. 71).

2. Infolge Verhaltens des Geschäftsherrn ohne wichtigen Grund in der Person des Vertragsgegners ganz oder teilweise unausgeführt geblieben (§ 87 Abs. 2). Vgl. § 396 Anm. I a 2.

α. Vorausgesetzt ein zu stande gekommenes (abgeschlossenes) Geschäft. Der Abs. 2 ist anwendbar sowohl auf Abschlußagenten wie auf Vermittelungsagenten. Seine Bestimmung wird aber, wie sich aus dem Wortlaut ergibt, erst von dem Zeitpunkt an wirksam, zu welchem der Abschluß erfolgt ist („mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist"). Da nun bei Vermittelungsagenten der Abschluß nicht schon durch den Agenten, sondern erst durch den Geschäftsherrn erfolgt, so ist § 88 Abs. 2 nicht anwendbar auf die Vorbereitung des Geschäftsabschlusses durch den Vermittelungsagenten; der Agent hat keinen Anspruch darauf, daß der Geschäftsherr ein vermitteltes Vertragsangebot annimmt (OLG. Hamburg 8 XII 02 OLGRspr. 6 189); der Geschäftsherr ist also zur Entrichtung der Provision nur dann verpflichtet, wenn er den Abschluß bewirkt (D. 71), nicht aber, wenn er ohne Verstoß gegen Treu und Glauben (BGB. § 157), z. B. wegen eines in seiner Person eingetretenen Grundes oder (D. 71) weil er das Geschäft nicht für genügend vorteilhaft erachtet, den Abschluß unterläßt.

β. Infolge Verhaltens des Geschäftsherrn ist die Ausführung sowohl dann unterblieben, wenn der Geschäftsherr seinerseits nicht ausführen will, wie auch dann, wenn infolge schuldhaften Verhaltens des Geschäftsherrn, z. B. wegen verschuldet mangelhafter oder nicht probegemäßer (OLG. Hamburg 9 XII 04 OLGRspr. 10 237) oder verspäteter Lieferung, der Dritte die Ausführung unterläßt, und auch z. B. dann (Str. 48 140; vgl. P. 1206), wenn ohne wichtigen Grund in der Person des Dritten, insbesondere arglistig oder fahrlässig (Bolze 23 Nr. 434) oder aus freiwilligem Entgegenkommen, ein Vergleich oder sonstiger Vertrag über Nichtausführung geschlossen wird. Unter Verschulden des Geschäftsherrn ist auch das Verschulden einer Person einbegriffen, deren Verschulden er nach BGB. § 278 zu vertreten hat (OLG. Hamburg 9 XII 04 OLGRspr. 10 238). Bei Nichtausführung wegen einer ohne Verschulden des Geschäftsherrn eingetretenen Unmöglichkeit der Ausführung ist Provision nicht verdient (Immerwahr 137; dagegen Jacusiel 22); so z. B. bei Brand der Fabrik (dagegen Jacusiel 22), bei zufälligem Untergang der verkauften Sache (RG. 36 200), bei Erlaß eines Einfuhrverbots (Staub Anm. 6, Goldmann Anm. 1; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. IV c). Denn in diesen Fällen ist nicht das Verhalten des Geschäftsherrn sondern ein äußerer Vorgang ursächlich für die Nichtausführung; es ist nicht anzunehmen, daß § 88 Abs. 2 diesen Fall sachlich anders regeln wollte als der etwas abweichend gefaßte § 396 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2.

γ. Ohne wichtigen Grund in der Person des Vertragsgegners. Was „wichtige Gründe" sind, hängt namentlich von den wirtschaftlichen Zwecken des betreffenden Vertrages ab. So ist unter Umständen wichtiger Grund ein Verhalten gegen Treu und Glauben (z. B. ein schikanöses Verhalten), oder ein ehrenrühriges Verhalten in früheren Fällen, oder bereits aus anderem Anlaß bestehende geschäftliche Streitigkeiten zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertragsgegner, beim Verkauf auf Borg und in ähnlichen Fällen auch ein Zweifel an der Borgwürdigkeit des Vertragsgegners (BerlHandelsgebr. 2 5), wenn bei Vertragsabschluß der Zweifel noch nicht bestand oder wenn die Vermögenslage des Vertragsgegners sich nach Vertragsabschluß noch verschlechtert hat. Über den Fall eines zwar nicht in der Person des Vertragsgegners aber auch nicht im Verhalten des Geschäftsherrn liegenden Grundes der Nichtausführung vgl. oben zu β.

II. **Höhe des Provisionsanspruchs (Abs. 3).** In erster Reihe gilt die Parteiabrede, in zweiter die Üblichkeit. Bei Zuschlägen zu den Preisen des Kataloges (z. B. wegen Lieferung frei an

dritten Ort, während die Preise frei Niederlassung des Verkäufers berechnet sind) ist die Provision im Zweifel auch von den Zuschlägen zu entrichten (Bolze 21 Nr. 414), also ohne Abzug der dem Geschäftsherrn nicht gesondert, sondern als Teil des einheitlichen Preises zu vergütenden Frachtaufwendungen (dagegen Staub Anm. 8). Die Provision ist bei Verkaufsagenten (§ 88 Abs. 1 Satz 2) im Zweifel nur von dem wirklich eingegangenen Betrag zu entrichten. Also nach Abzug von Warenskonto (BerlHandelsgebr. 2 50), Kassaskonto (BerlHandelsgebr. 2 50; dagegen a. a. O. 2 51), Rabatt und unverschuldeten Rücksendungen. Ebenso nach Abzug eines aus sachlichen, nicht auf Verschulden des Geschäftsherrn beruhenden Gründen gewährten Nachlasses auf den Kaufpreis (OLG. Hamburg 6 V 02 OLGRspr. 6 7). Daß der Geschäftsherr keine Schuld an den Rücksendungen trägt und ein wichtiger Grund für deren Annahme vorlag, hat der Geschäftsherr zu beweisen (OLG. Dresden 3 VII 03 OLGRspr. 7 150; abweichend BerlHandelsgebr. 2 5). Unerheblich ist, ob der Eingang des Betrages durch Zahlung, durch Aufrechnung oder in anderer Weise geschehen ist. Erfolgt der Eingang durch eine Hingabe an Zahlungsstatt, so ist der Betrag eingegangen, zu welchem der Geschäftsherr (ohne Verstoß gegen Treu und Glauben) den Gegenstand angenommen hat; nicht etwa ist (was OLG. Frankfurt 6 VII 04 OLGRspr. 9 270 annimmt) eingegangen der Betrag, den der Geschäftsherr aus der späteren Veräußerung des empfangenen Gegenstandes erlöst, denn erstens braucht überhaupt nicht Veräußerung, sondern es kann Nutzung oder Verbrauch des empfangenen Gegenstandes vorkommen, zweitens würde die Abwicklung unter Umständen weit hinausgeschoben werden, drittens hat der Geschäftsherr, indem er den Gegenstand zu bestimmtem Preis annahm, selbst kundgegeben, daß er ihn für soviel wert halte, viertens könnte bei gegenteiliger Auslegung der Agent unter Umständen Provision von mehr als dem ursprünglichen Kaufpreis erhalten. — Erhält der Agent auch Provision von den durch die Kunden unmittelbar bei dem Geschäftsherrn erfolgten Bestellungen, so muß er sich üblicherweise eine entsprechende Ermäßigung der Provision für Verkäufe minderwertig gewordener Waren (z. B. „Partieware") vom Lager gefallen lassen. Ob bei anderen als Verkaufsagenten die Provision vom Gegenstand des Abschlusses oder nur vom eingegangenen Betrag zu entrichten, ist Auslegungsfrage; z. B. bei Versicherungsagenten kommt oft auch die erstere Art der Provisionsabrede vor.

III. **Abrechnung (Abs. 4).** Nach Abs. 4 soll die Provisionsabrechnung, wenn nichts anderes vereinbart ist, am Schluß eines jeden Kalenderhalbjahres stattfinden. Die Rechnung ist also abzuschließen zum 30. Juni und 31. Dezember, und sie ist ohne schuldhaftes Zögern nach diesen Zeitpunkten zu erteilen. Dies gilt auch, wenn bei Ablauf des ersten Kalenderhalbjahres das Agenturverhältnis erst seit weniger als einem halben Jahr besteht. Ebenso gilt es auch für die Zeit nach Endigung des Agenturverhältnisses. Sowohl während Bestehens des Agenturvertrages wie auch nach dessen Beendigung entfällt die Abrechnungspflicht, wenn in dem betreffenden Halbjahr kein Provisionsposten dem Agenten gutkommt. — Über das Recht des Agenten auf Erteilung eines Buchauszugs bestimmt § 91.

IV. **Zeitpunkt der Fälligkeit.** Fällig wird der Provisionsanspruch im Zweifel erst zum Schluß des Kalenderhalbjahrs, in welchem er entstanden ist (Staub Anm. 9, Düringer-Hachenburg Anm. III, Lehmann Nr. 5, Goldmann Anm. 3, Jacusiel 31); erst seit diesem Zeitpunkt kann daher der Agent Zinsen fordern (§ 353). Entstanden ist der Anspruch im Fall des § 88 Abs. 1, sobald die Ausführung erfolgt (und bei Verkaufsagenten der Betrag eingegangen) ist, im Fall des § 88 Abs. 2, sobald die Nichtausführung feststeht.

V. **Vorrecht im Konkurs?** Ob dem Agent wegen seiner Provisionsforderung das Vorrecht aus KO. § 61 Nr. 1 zusteht, ist streitig (bejahend Goldmann Anm. 3; verneinend D. 74, OLG. Dresden 9 VI 02 Annalen 24 140, KG. 11 II 03 DJZ. 179, OLG. Hamburg 7 XI 03 OLGRspr. 10 205, Staub Anm. 16, Jacusiel 37, Immerwahr 151, und für den Regelfall Jaeger [3] KO. § 61 Anm. 11. Der verneinenden Ansicht wird beizutreten sein, zumal wenn man annimmt (§ 84 Anm. I), daß der Agenturvertrag eine nicht allen Regeln über den Dienstvertrag unterliegende selbständige Vertragsart darstellt.

§ 89.

Bezirksagent.

Ist der Handlungsagent ausdrücklich für einen bestimmten Bezirk bestellt, so gebührt ihm die Provision im Zweifel auch für solche Geschäfte, welche in dem Bezirk ohne seine Mitwirkung durch den Geschäftsherrn oder für diesen geschlossen sind.

ADH. — **Entw. I** § 78. **Entw. II** § 87.

I. **Ausdrücklich für einen bestimmten Bezirk bestellter Handlungsagent.**

a. **Ausdrücklich** (§ 48 Anm. II) muß die Bestellung und Abgrenzung erfolgt sein. Dies Erfordernis ist zur Vermeidung von Streitigkeiten aufgestellt (D. 72).

b. **Für einen bestimmten Bezirk bestellt.** Eine solche Bestellung liegt nur vor, wenn dem Agent vertraglich ein bestimmtes, begrenztes Arbeitsfeld zugewiesen ist, nicht aber, wenn der Geschäftsherr einseitig den Agent tatsächlich nur in bestimmten Gebieten verwendet. Eine Bestellung für einen Bezirk liegt auch vor, wenn einzelne Handelsplätze des Bezirks ausgenommen sind. Die Bestellung eines Agenten für einen bestimmten Bezirk ist im Zweifel dahin auszulegen, daß der Agent das Recht zur ausschließlichen Tätigkeit für den Geschäftsherrn innerhalb jenes Bezirks erhalten soll, nicht, daß er nur die Pflicht haben soll, seine Tätigkeit auf jenen Bezirk zu beschränken (RG. 1 VII 01 JW. 617[5]).

II. **Provisionsanspruch** des Bezirksagenten.

a. **Im Zweifel.** Der § 89 enthält nur eine Auslegungsvorschrift für unklare Vertragsbestimmungen. Diese Auslegungsvorschrift ist anwendbar auch auf die vor Inkrafttreten des HGB. abgeschlossenen Verträge (RG. 1 VII 01 JW. 617[5]).

b. **Auch** für innerhalb des Bezirks ohne seine Mitwirkung geschlossene Geschäfte gebührt dem Agent Provision. Der § 89 enthält mithin für Bezirksagenten nicht eine Abänderung des § 88 Abs. 1, sondern nur die Bestimmung, daß einem Bezirksagent außer in den Fällen des § 88 Abs. 1 auch noch unter den Voraussetzungen des § 89 Provision zusteht.

c. **In dem Bezirk ohne seine Mitwirkung geschlossene Geschäfte.**

1. In dem Bezirk geschlossen sind nur diejenigen Geschäfte, bei denen die Annahmeerklärung räumlich innerhalb des Bezirks abgegeben ist. Nicht etwa (was Jacusiel 28 annimmt) alle Geschäfte mit Kunden, deren Wohnsitz oder Niederlassung, für welche das Geschäft abgeschlossen ist, innerhalb des dem Agent zugewiesenen Bezirks liegt. Provisionspflichtig gemäß § 89 sind daher zwar diejenigen Geschäfte, bei denen der Kunde von seinem im Bezirk gelegenen Niederlassungssitz aus das schriftliche unmittelbare Angebot des Geschäftsherrn annimmt. Nicht aber diejenigen, bei denen der Abschluß unter Anwesenden an dem außerhalb des Bezirks gelegenen Geschäftssitz des Geschäftsherrn geschieht (ebenso Staub Anm. 3; dagegen Lehmann Nr. 2, Goldmann Anm. 2), oder bei denen die Bestellung des im Bezirk wohnenden Kunden schriftlich an dem außerhalb des Bezirks gelegenen Geschäftssitz des Geschäftsherrn eingeht und von dort der Geschäftsherr die Annahmeerklärung absendet (dagegen Staub Anm. 3, Lehmann Nr. 2, Goldmann Anm. 2). Indessen sind die Handelsgebräuche oft gegenteilige (vgl. z. B. BerlHandelsgebr. 1 39 Nr. 5, Bresl. Handelsgebr. 35 Nr. 87) und dann maßgebend (oben Anm. II a, § 346 Anm. I d), und unter Umständen kann für solche Geschäfte der Bezirksagent auf Grund des § 88 Abs. 1 Provision fordern (oben Anm. II b), wenn sie nämlich durch seine Tätigkeit zu stande gekommen sind (§ 88 Anm. I b), wenn insbesondere der betreffende Kunde ursprünglich durch den Agent erworben ist (§ 88 Anm. I b 2). Andererseits wird ein für Magdeburg bestellter Agent Provision auch von denjenigen Geschäften fordern dürfen, die der Berliner Geschäftsherr bei Anwesenheit in Magdeburg mit einem zufällig dort gleichfalls anwesenden Breslauer Kunden schließt (dagegen Immerwahr 143). Sehr weitgehend Bolze 19 Nr. 462: Die Abrede, daß dem Agent der alleinige Verkauf an in Hamburg etablierte überseeische Transporthäuser übertragen sei, berechtige ihn zum Anspruch auf Provision für die auf Bestellung einer überseeischen Firma, deren Inhaber dieselben wie die einer anderen

Hamburger Firma sind, von dem Machtgeber unmittelbar an die überseeische Firma gelieferten Waren.

2. Geschlossen in dem Bezirk. Das „geschlossen" in § 89 entspricht dem „zu stande gekommen" in § 88. Auch im Fall des § 89 muß aber, wenngleich dies nicht ausdrücklich gesagt ist, die Ausführung oder die Nichtausführung infolge Verhaltens des Geschäftsherrn ohne wichtigen Grund in der Person des Vertragsgegners (§ 88 Anm. Ic) hinzukommen. Auch § 88 Abs. 1 Satz 2 ist im Fall des § 89 anwendbar. — Die Entscheidung der Frage, ob ein Bezirksagent vom Geschäftsherrn Schadensersatz verlangen kann, falls dieser infolge veränderter geschäftlicher Entschließungen überhaupt keine Geschäfte mehr in dem Bezirk des Agenten machen will, sollte, da die einzelnen Fälle verschieden liegen können, der Rechtsprechung überlassen bleiben (D. 72).

3. Ohne seine Mitwirkung. Der Bezirksagent braucht nicht bei den durch den Geschäftsherrn oder andere (z. B. andere Agenten) im Bezirk abgeschlossenen Geschäfte mitzuwirken. Dennoch muß er selbst auch tätig im Bezirk sein, namentlich ausreichende Bemühungen für die Aufsuchung von Geschäftsgelegenheiten aufwenden. Inwieweit der Geschäftsherr wegen Unterlassung der letzterwähnten Tätigkeit seitens des Bezirksagenten und des hierdurch erforderlich gewordenen umfangreicheren Abschließens ohne dessen Mitwirkung die Zahlung der an sich dem Agent zustehenden Provision aus den ohne dessen Mitwirkung zu stande gekommenen Geschäften weigern kann, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden (D. 72); in der Regel wird, da infolge Zeitablaufs die für die frühere Zeit geschuldete Tätigkeit nicht mehr nachgeholt werden kann, der Geschäftsherr die Rechte aus BGB. § 325 haben, jedenfalls (dagegen Staub Anm. 4) aber die Rechte aus BGB. § 320. Ein Verzicht oder eine stillschweigende Anerkennung liegt auf seiten des Agenten nicht schon unter allen Umständen darin, daß er bei den einzelnen Abrechnungen seine Ansprüche auf die Provision aus den ohne seine Mitwirkung zu stande gekommenen Geschäften nicht besonders geltend gemacht hat, vorausgesetzt, daß er nur überhaupt zu verstehen gegeben hatte, daß ihm wegen dieser Geschäfte ein Provisionsanspruch zustehe (Bolze 22 Nr. 385).

§ 90.

Kosten und Auslagen.

Für die im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandenen Kosten und Auslagen kann der Handlungsagent in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung oder eines abweichenden Handelsgebrauchs Ersatz nicht verlangen.

ADH. — . **Entw. I** § 79. **Entw. II** § 88.

I. **Kosten und Auslagen.** Hierzu gehören z. B. Auslagen bei Reisen, soweit sie zum regelmäßigen Geschäftsbetrieb gehören, Fracht-, Porto- und Depeschenauslagen, Miete bei Einrichtung eines Musterlagers. Die Regelung, wonach der Agent die Kosten und Auslagen selbst tragen muß, entspricht seiner Behandlung als eines selbständigen Kaufmannes (D. 72). Ein abweichender Handelsgebrauch besteht vielfach bezüglich der Auslagen für Porto und Depeschen (D. 72). Auch Lagergeld wird nach Handelsgebrauch gewährt, wenn es sich nicht nur um Aufbewahrung einiger Probestücke oder gelegentlicher Rücksendungen, sondern um Unterhaltung eines Lagers von größerem Umfang zu sofortiger Lieferung an die Kundschaft handelt, jedoch auch in letzterem Fall nicht, wenn nach dem Willen der Parteien das Entgelt hierfür bereits in der bedungenen Vergütung steckt (BerlHandelsgebr. 2 6). Die von der Regel des § 90 abweichenden Vereinbarungen werden häufiger sein als die Fälle, in denen die Regel Geltung behält, z. B. die Vereinbarungen über Gewährung eines Bauschbetrags für Reisespesen.

II. **Im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstanden.** Außerordentliche Auslagen des Agenten muß, unbeschadet anderweitiger Vertragsbestimmungen, der Geschäftsherr tragen, z. B. Auslagen des Warenagenten zum Schutz der Waren gegen ungewöhnliche Gefahren, oder Aufwendungen des Versicherungsagenten zur Rettung der versicherten Gegenstände (D. 72, BGB. §§ 683, 684).

§ 91.

Buchauszug bei Abrechnung.

Der Handlungsagent kann bei der Abrechnung mit dem Geschäftsherrn die Mittheilung eines Buchauszugs über die durch seine Thätigkeit zu Stande gekommenen Geschäfte fordern. Das gleiche Recht steht ihm in Ansehung solcher Geschäfte zu, für die ihm nach § 89 die Provision gebührt.

ADH. — **Entw. I** § 80. **Entw. II** § 89.

I. **Der Handlungsagent kann fordern.**

a. **Der Handlungsagent** ist forderungsberechtigt. Vorausgesetzt ist, daß er gegen Provision angestellt ist; hat er ausschließlich eine anders bestimmte Vergütung zu fordern, so findet § 91 nicht Anwendung. Ist dem Agent eine Gewinnbeteiligung (z. B. mit der Beschränkung auf die von ihm zu stande gebrachten Geschäfte) eingeräumt (ROH. 18 2), so hat er etwas weiter gehende Rechte als nach § 91 (vgl. § 59 Anm. III b 4).

b. **Kann fordern.** Nach dem Gesetz braucht der Geschäftsherr den Buchauszug nicht zu erteilen, bevor der Agent ihn fordert. Der Handelsgebrauch wird jedoch meist ein gegenteiliger sein, so daß der nicht erteilende Geschäftsherr ohne Mahnung (BGB. § 284 Abs. 2) in Verzug kommt.

II. **Bei der Abrechnung** kann die Forderung erhoben werden. „Bei" bedeutet „gelegentlich" (§ 39 Anm. II a 1). Wann Abrechnung stattzufinden hat, vgl. § 88 Anm. III; der Anspruch auf einen Buchauszug besteht aber, auch wenn die Abrechnung verspätet erfolgt. Findet für das betreffende Kalenderhalbjahr keine Abrechnung statt, z. B. weil während dieses Zeitraums dem Agent kein Provisionsposten gutzubringen ist (§ 88 Anm. III), so kann dennoch der Anspruch auf den Buchauszug bestehen, weil der Buchauszug nicht nur die gutzubringenden Provisionsposten zu umfassen hat (unten Anm. III a); statt bei Abrechnung kann dann bei Schluß des Kalenderhalbjahrs der Anspruch auf den Buchauszug erhoben werden. Hat eine Abrechnung einmal stattgefunden, so muß der Agent eine etwa behauptete Verheimlichung von Geschäften im einzelnen nachweisen (Bolze 16 Nr. 352).

III. **Buchauszug.**

a. **Über welche Geschäfte?** Nach § 91 hat er sich zu erstrecken auf die durch die Tätigkeit des Agenten „zu stande gekommenen" Geschäfte und auf diejenigen, in Ansehung derer „ihm nach § 89 die Provision gebührt". Da der Buchauszug alle „zu stande gekommenen" (§ 88 Anm. I b) Geschäfte zu enthalten hat, so hat er auch diejenigen zu enthalten, die nicht ausgeführt, oder bezüglich deren noch nicht Zahlung eingegangen ist, also nicht nur diejenigen, bezüglich deren überhaupt oder in dem betreffenden Zeitabschnitt dem Agent Provision gutzuschreiben ist (Goldmann Anm. 2; dagegen Staub Anm. 1). Der Buchauszug hat daher namentlich auch die noch schwebenden Geschäfte zu umfassen (KG. 18 IX 05 KGBl. 104; dagegen Bolze 16 Nr. 353, Lehmann, Immerwahr 156). Entsprechend (§ 89 Anm. II c 2) werden im Fall des § 89 nicht nur die ausgeführten, sondern alle im Bezirk geschlossenen, wenngleich noch schwebenden Geschäfte in den Buchauszug aufzunehmen sein. Dagegen braucht der Buchauszug nicht alle „überschriebenen" Geschäfte zu enthalten, also nicht auch die vom Vermittelungsagent überschriebenen Angebote, die vom Geschäftsherrn abgelehnt sind. Denn diese Geschäfte sind nicht „zu stande gekommen". Der Agent ist in der Lage, selbst zu verzeichnen, welche Geschäfte er überschrieben hat; fehlen einige dieser überschriebenen Geschäfte demnächst im Buchauszug des Geschäftsherrn, so ist dies bei richtiger Aufstellung dieses Buchauszugs gleichbedeutend der Mitteilung, daß diese Geschäfte nicht zu stande gekommen sind.

b. **Sonstiger Inhalt.** Der Auszug muß ergeben, welchen Verlauf die Erledigung der zu stande gekommenen Geschäfte genommen hat, namentlich ob das betreffende Geschäft noch schwebt oder endgültig durch Eingang der Zahlung oder in welcher anderen Weise erledigt ist. Er muß also namentlich erkennen lassen, welche von den überschriebenen Geschäften der Geschäftsherr ausgeführt (bzw. bei Vermittelungsagenten auch, welche er genehmigt) hat, wie hoch sich die Rechnungsbeträge belaufen, wieviel von der bedungenen Leistung des Vertragsgegners eingegangen ist, und im Fall des § 89 auch, in welcher Ausdehnung Geschäfte im

Bezirk des Agenten abgeschlossen sind (vgl. D. 72). Der Auszug ist auch zu fertigen, wenn der Geschäftsherr kein Buch führt, aus dem alle diese Tatsachen sich ergeben; nötigenfalls sind die aus den Büchern nicht hervorgehenden Tatsachen aus der Erinnerung oder aus den Handelsbriefen zu ergänzen. Der Buchauszug muß vollständig sein (LG. II Berlin 9 III 05 KGBl. 64); ist der erteilte Buchauszug nicht vollständig, so kann auf Erteilung eines vollständigen geklagt werden, der Agent ist nicht darauf beschränkt, Klage auf Anerkennung der fehlenden Rechnungsposten zu erheben (LG. II Berlin 9 III 05 KGBl. 65; dagegen Bolze **16** Nr. 352). Keine Rechnungslegungspflicht des Geschäftsherrn gemäß BGB. § 259 besteht (D. 72). Belege brauchen dem Buchauszug nicht beigefügt zu werden (ROH. **18** 2). Ist der Buchauszug einmal erteilt worden, so braucht in der Regel die Erteilung nicht wiederholt zu werden. Doch wird durch Einzelauszüge, die nicht „bei der Abrechnung" erteilt werden, die Erteilung eines Gesamtauszuges bei der Abrechnung nicht entbehrlich gemacht (Goldmann Anm. 2, Breit in HoldheimsMSchr. 05 226; dagegen Staub Anm. 2).

IV. **Vorlegung der Handlungsbücher?** Der § 91 enthält nichts über die Frage, ob der Agent außer der Mitteilung eines Buchauszuges auch die Vorlegung der Handlungsbücher fordern kann. Dies ist nach allgemeinen Grundsätzen (§ 45 Anm. III, § 46) zu entscheiden. Hiernach ist ein Recht auf Vorlegung außerhalb eines Rechtsstreits zu verneinen (D. 73, OLG. Posen 3 X 04 OLGRspr. **10** 238), außer soweit ein eigenes Konto des Agenten in Frage kommt. Ebenso in der Regel auch im Rechtsstreit (§ 45 Anm. III b 1, Bolze **16** Nr. 352); doch kann das Gericht Vorlegung anordnen (§ 45 Anm. III b 2).

V. **Offenbarungseid gemäß BGB. § 260?** Besteht Grund zu der Annahme, daß der Buchauszug nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist, so ist, da auch Forderungen „Gegenstände" sind (Planck[3] Anm. 1 vor § 90) und die zu beanspruchende Gesamtprovision als „Inbegriff" der sie zusammensetzenden Einzelprovisionen anzusehen sein wird, der Geschäftsherr für verpflichtet zu erachten, den in BGB. § 260 bestimmten Offenbarungseid über die Vollständigkeit der Bestandsangabe zu leisten (Breit in HoldheimsMSchr. 05 226 gegen LG. Dresden 31 I 05).

§ 92.

Kündigung.

Das Vertragsverhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Theile für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden.

Das Vertragsverhältniß kann von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

ADH. — **Entw. I** § 81. **Entw. II** § 90.

I. **Kündigung des auf unbestimmte Zeit eingegangenen Vertragsverhältnisses.**

a. **Vertragsverhältnis.** Der § 92 bezieht sich nur auf die Kündigung des ganzen Agenturvertrages. Daneben bleibt, wenn nicht im Einzelfall Gegenteiliges bedungen, nach allgemeiner Regel (BGB. § 168, vgl. ROH. **2** 332) zulässig der selbst unbefristete Widerruf der dem Agent etwa erteilten Handlungsvollmacht ohne Aufhebung des Vertrages in allen übrigen Punkten, da das Agenturverhältnis einen solchen Widerruf nicht ausschließt. Welche Rechte der Agent aus einem solchen von ihm nicht verschuldeten Widerruf herleiten kann, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Auch wird in der Regel für den Agent ein solcher Widerruf wichtiger Kündigungsgrund sein. Nicht der Widerruf einer dem Agent etwa vertraglich zugesicherten Vollmacht zur Einziehung, sondern nur der Widerruf der Ermächtigung zur Einbehaltung des so Eingezogenen in Anrechnung auf Provision wird erforderlich, wenn der Provisionsanspruch durch einen Gläubiger des Agenten gültig gepfändet ist (die Notwendigkeit eines Widerrufs auch der Einziehungsvollmacht nimmt an: KG. 6 V 03 OLGRspr. **7** 319).

b. **Unbestimmte Zeit.** Vgl. § 66 Anm. I a. Ein Agenturvertrag auf *bestimmte* Zeit liegt vor z. B. bei einer Begrenzung auf gewisse Geschäftsperioden (ROH. 2 334).

c. **Kündigung.** Vgl. § 66 Anm. III, § 70 Anm. II. Die Kündigung aus wichtigem Grund (§ 92 Abs. 2) ist zulässig auch bei einem auf *bestimmte* Zeit geschlossenen Agenturvertrag.

II. **Befristete** Kündigung (**Abs. 1**). Über die Berechnung der Kündigungsfrist vgl. § 66 Anm. II. Während für Handlungsgehilfen abweichende Vereinbarungen nur in beschränktem Umfang gestattet sind, ist für Handlungsagenten die Vertragsfreiheit unberührt (D. 73).

III. **Unbefristete** Kündigung (**Abs. 2**).

a. **Wichtiger Grund.** Vgl. § 70 Anm. I. Da der Handlungsagent nicht in so nahen Beziehungen zu seinem Machtgeber steht wie der Handlungsgehilfe zum Geschäftsherrn, und da der Handlungsagent als selbständiger Kaufmann dem Machtgeber als rechtlich Gleicher, nicht, wie der Handlungsgehilfe, als Untergebener, gegenübersteht, so sind die Gründe, die zu sofortiger Auflösung des Dienstverhältnisses eines Handlungsgehilfen ausreichen würden, nicht immer schon wichtige Gründe zur Auflösung eines Agenturverhältnisses (ebenso OLG. Dresden 29 II 04 OLGRspr. 8 389). Dies gilt namentlich von solchen Verfehlungen einer der Parteien, welche sich auf das *persönliche* Verhältnis zueinander beziehen. Die Beispiele der §§ 71, 72 sind daher nur zum *Teil* entsprechend anwendbar auf das Verhältnis des Handlungsagenten zu seinem „Geschäftsherrn". Als wichtiger Grund zur Kündigung seitens des Geschäftsherrn ist es anzusehen, wenn die äußeren Verhältnisse sich so ändern, daß er den Teil seines Betriebes, für welchen der Agent beschäftigt ist, dauernd nur noch mit Aufopferung eigenen Vermögens fortsetzen könnte (RG. 31 61, 36 200, Goldmann Anm. 2; dagegen Staub Anm. 7, Immerwahr 200, Jacusiel 49). Ein wichtiger Grund ist auch die Erschütterung des Vertrauens in die Redlichkeit des Agenten bei Verzögerung in der Ablieferung von Geldern, auch stark ungehörige Äußerungen mündlich oder in Briefen (Bolze 21 Nr. 411) oder eine sonstige erhebliche, nicht bloß in der Übereilung begangene Ehrverletzung (RG. 32 252, OLG. Dresden 29 II 04 OLGRspr. 8 389). Ebenso die absichtliche Nichtübermittelung erteilter Bestellungen zu dem Zweck, um eine Änderung in der Geschäftsleitung herbeizuführen (Bolze 21 Nr. 412). Fernere Beispiele wichtiger Gründe zur fristlosen Kündigung gegenüber Reisenden wegen Vertrauensmißbrauchs vgl. § 72 Anm. I a. — Eine vorsätzliche Verletzung der Pflicht des Geschäftsherrn zu rechtzeitiger Erteilung eines vollständigen Buchauszugs über die provisionspflichtigen Geschäfte ist wichtiger Grund zu fristloser Kündigung durch den Agent (OLG. Dresden 29 II 04 OLGRspr. 8 390). — Durch Konkurseröffnung über das Vermögen des Geschäftsherrn erlöschen Recht und Pflicht des Agenten zur Geschäftsbesorgung (KO. § 23). Ob im übrigen das Vertragsverhältnis bestehen bleibt, aber von jedem Teil gemäß KO. § 22 gekündigt werden kann (so D. 73), und ob auch fristlose Kündigung zulässig ist (bejahend D. 73 und bei Konkurs des Agenten Immerwahr 199; verneinend bei Konkurs des Geschäftsherrn Immerwahr 199), vgl. § 70 Anm. I f.

b. **Folgen unrechtmäßiger Kündigung.** Vgl. § 70 Anm. IV. Der Agent, dem zu Unrecht gekündigt ist, kann die bedungene Gegenleistung fordern. Wird durch Schuld des Geschäftsherrn ein Verdienen von Provision und Reisespesen unmöglich, so hat er den Vertragsanspruch auf den Betrag, den er verdient hätte, wenn ihm nicht gekündigt wäre (BGB. § 324). Dasselbe gilt auch, wenn der Geschäftsherr, ohne zu kündigen, auf die Tätigkeit des Agenten verzichtet (§ 70 Anm. II b 1). Auch in letzterem Fall geht der Anspruch des Agenten auf die vertragliche Gegenleistung (mit den entsprechend dem BGB. § 615 zu berechnenden Abzügen), nicht auf Schadensersatz (dagegen OLG. Hamburg 30 X 02 OLGRspr. 6 6). Andererseits hat der Agent keinen klagbaren Anspruch auf weitere Ausübung seiner Tätigkeit, vielmehr insoweit nur einen Schadensersatzanspruch (OLG. Hamburg 30 X 02 OLGRspr. 6 6) und unter Umständen einen wichtigen Grund zur Kündigung (§ 70 Anm. II b 1).

Achter Abschnitt.

Handelsmäkler.

§ 93.

Begriff des Handelsmaklers.

Wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittelung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waaren oder Werthpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiethe oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt, hat die Rechte und Pflichten eines Handelsmäklers.

Auf die Vermittelung anderer als der bezeichneten Geschäfte, insbesondere auf die Vermittelung von Geschäften über unbewegliche Sachen, finden, auch wenn die Vermittelung durch einen Handelsmäkler erfolgt, die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung.

ADH. Art. 66, 67 Abs. 1. **Entw. I** § 82. **Entw. II** § 91.

I. **Öffentlich ermächtigte Makler.**

a. **Die „Handelsmakler“ des früheren Rechts.** Die im ADH. erwähnten „Handelsmakler“ waren „amtlich bestellte Vermittler für Handelsgeschäfte“ (ADH. Art. 66). Das BörsG. 22 VI 96 § 34 Abs. 1 (aufgehoben, ohne die Absicht sachlicher Änderung, durch EGHGB. Art. 14) bestimmte: „Für die Vermittelung von Börsengeschäften findet eine amtliche Bestellung von Handelsmaklern im Sinne des Artikels 66 des Handelsgesetzbuchs nicht statt; die bisher erfolgten Bestellungen verlieren ihre Wirksamkeit.“ Die amtliche Bestellung von Handelsmaklern für Vermittelung anderer Geschäfte als Börsengeschäfte ist durch das Börsengesetz nicht berührt, erfolgt aber tatsächlich nur in seltenen Fällen. Das HGB. enthält überhaupt keine Vorschriften über amtlich bestellte Handelsmakler. Das HGB. versteht unter „Handelsmaklern“ Vermittler bestimmter Art, gleichgültig ob ihnen öffentliche Befugnisse übertragen sind oder nicht; die „Handelsmakler“ des HGB. sind daher als solche nur Privathandelsmakler; unter Umständen können sie außerdem öffentliche Befugnisse verschiedener Art haben. Das ADH. erwähnte die Privathandelsmakler nicht ausdrücklich, sondern erklärte nur in Art. 272 Nr. 4 die „gewerbsmäßige Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen“ für Handelsgeschäfte, „die amtlichen Geschäfte der Handelsmakler jedoch nicht einbegriffen“.

b. **Jetziges Recht.**

1. **Kursmakler.** Die durch das Börsengesetz § 30 neugeschaffenen „Kursmakler“ haben einen öffentlichen Auftrag nur „zur Mitwirkung bei der amtlichen Festsetzung des Börsenpreises von Waren und Wertpapieren“. Sie „müssen“ jedoch „solange sie die Tätigkeit als Kursmakler ausüben, die Vermittelung von Waren oder Wertpapieren betreiben“ (BörsG. § 30). Insoweit sie letzteres tun, sind sie dann gleichzeitig „Handelsmakler“ im Sinn des HGB. (vgl. KGJ. 17 9). Nach BörsG. § 34 (Fassung gemäß EGHGB. Art. 14) sind die Kursmakler ferner befugt zur Vornahme von Verkäufen und Käufen, die durch einen dazu öffentlich ermächtigten Handelsmakler zu bewirken sind. Die in BörsG. § 30 vorgeschriebene Beeidigung der Kursmakler ist nur Ordnungsvorschrift (vgl. RG. 18 92).
2. Sonstige öffentlich ermächtigte Makler. Sowohl das BGB. (§§ 385, 1221,

1235, 1295) wie das HGB. (§ 376) und auch Landesgesetze (z. B. Pr.AGBGB. Art. 11 § 10a) erklären zur Vornahme gewisser Verkäufe oder Käufe nur solche Handelsmakler für befugt, die dazu öffentlich ermächtigt sind; auch landesgesetzlich, z. B. zur Vornahme gewisser Schätzungen oder zur Abgabe von Gutachten über den Marktpreis von Waren, kann die öffentliche Bestellung bestimmter Handelsmakler in Frage kommen; in allen diesen Fällen erfolgt Auswahl und Bestellung durch die nach Landesrecht zuständigen Behörden (D. 75). In Preußen wird die öffentliche Ermächtigung zu Verkäufen oder Käufen für Orte innerhalb des Bezirks einer Handelskammer oder einer kaufmännischen Körperschaft durch diese vorbehaltlich der Bestätigung des Regierungspräsidenten, für andere Orte durch den Regierungspräsidenten erteilt; die Ermächtigung wird erst wirksam, wenn der Handelsmakler den Eid leistet, daß er die ihm obliegenden Pflichten getreu erfüllen werde (Pr.AGBGB. Art. 13). Soweit eine öffentliche Bestellung zu anderen Zwecken als zu Käufen und Verkäufen vorzunehmen wäre, würde noch zurückgegriffen werden können auf die im übrigen durch die Abschaffung der amtlich bestellten Handelsmakler (oben Anm. I) veraltete Bestimmung des Pr. Handelskammergesetzes 24 II 70 / 19 VIII 97 § 40, wonach an denjenigen Orten, an denen Handelskammern ihren Sitz haben, die Handelsmakler von den Handelskammern — unter Vorbehalt der Bestätigung des Regierungspräsidenten — zu ernennen sind.

II. **Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.** Soweit das HGB. keine Bestimmungen enthält, kommen ergänzend die Vorschriften des BGB. über den Maklervertrag (BGB. §§ 652 ff.) zur Anwendung. Letztere allein sind maßgebend (soweit nicht die Bestimmungen des HGB. über Handelsgeschäfte eingreifen) bei Vermittelung von Geschäften, die nicht Gegenstände des Handelsverkehrs betreffen (§ 93 Abs. 2), selbst wenn die Vermittelung durch einen Handelsmakler erfolgt (D. 75). Zu beachten ist jedoch die Verschiedenheit, die sich daraus ergibt, daß das BGB. als Regel voraussetzt, daß der Makler nur im Verhältnis zu einer Partei vertraglich gebunden ist, während der Handelsmakler im Vertragsverhältnis zu beiden Parteien steht (D. 77, § 98 Anm. I). Ferner unterscheidet sich der Handelsmaklervertrag vom gemeinbürgerlichen Maklervertrag auch darin, daß der erstere gewerbsmäßigen Betrieb voraussetzt, der letztere nicht (unten Anm. III a), daß ferner der erstere nur die Vermittelung von Verträgen, letzterer auch den Nachweis der Gelegenheit zum Vertragsabschluß zum Gegenstand haben kann (unten Anm. III d), und daß endlich der erstere nur Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs, der letztere Verträge über beliebige Gegenstände betreffen kann (unten Anm. III e). — Bezüglich des gemeinbürgerlichen Maklervertrages ist streitig, ob er als selbständige Vertragsart zu erachten ist (so Planck[2] Vorbem. III zu Buch II Abschn. 7 Tit. 8), oder ob bestimmte Gestaltungen des Maklervertrages in den Rahmen des Dienstvertrages, andere Gestaltungen in den Rahmen des Werkvertrages fallen (vgl. Mot. BGB. 2 510, wonach zur Beurteilung des Maklervertrages „je nach Verschiedenheit der Fälle die allgemeinen Grundsätze über Verträge bzw. die für den Dienstvertrag, den Werkvertrag oder das Mandat geltenden Rechtsnormen ausreichen"), soweit überhaupt im Einzelfall eine Übernahme von Bemühungen oder von Einstehen für den Erfolg stattfindet (unten Anm. III f). Was in dieser Beziehung für den gemeinbürgerlichen Maklervertrag anzunehmen, gilt auch für den Maklervertrag des Handelsmaklers. — Ist im Einzelfall dem Makler die ausschließliche Vermittelung übertragen, so wird hierdurch der Vertrag nicht zu einem Gesellschaftsvertrag (RG. 19 XI 04 JW. 05 73[7]).

III. **Begriff des Handelsmaklers.**

a. **Gewerbsmäßig.** Vgl. § 1 Anm. II. Der Handelsmakler ist Kaufmann (§ 1 Nr. 7) und daher, wenn Vollkaufmann, eintragungspflichtig. So auch der Kursmakler (OLG. Dresden 28 VIII 03 OLGRspr. 8 245, Riesenfeld in HoldheimsMSchr. 98 12), da er Handelsmakler ist (oben Anm. I b 1).

b. **Ohne auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein.** Durch den Mangel eines Vertragsverhältnisses unterscheidet sich der Handelsmakler von dem Handlungsagenten (§ 84 Anm. II b, OLG. Hamburg 23 III 01 OLGRspr. 2 383) und dem Handlungsgehilfen. Für den Begriff des Handelsmaklers ist es unerheblich, ob eine ständige

Beauftragung oder nur Beauftragung in Einzelfällen stattfindet; im Fall der Ständigkeit muß die letztere indessen nur eine tatsächliche, nicht auf einem Vertragsverhältnis beruhende sein.

c. **Vermittelung.** Die Handelsmakler haben nicht Handlungsvollmacht; sie sind nicht Vertreter der Parteien; sie schließen nicht die Geschäfte ab, sondern übermitteln nur die beiderseitigen Erklärungen; ihre Beteiligung an dem Abschluß ist nur eine tatsächliche, keine rechtlich für jenes Geschäft erhebliche (ROH. 4 413). — Handelsmakler sind nicht auch Personen, die (wie es an der Börse vorkommt) sich zwar als Makler bezeichnen, aber in Wahrheit nicht Geschäfte vermitteln sondern nur Eigenhandel treiben (D. 77).

d. **Vertrags**vermittelung. Nach § 93 ist Merkmal des Handelsmaklervertrages, daß dadurch die „Vermittelung von Verträgen" übernommen wird. Die hierin liegende Begrenzung bildet eine gewollte Unterscheidung gegenüber dem Maklervertrag des BGB. § 652, der auch „den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages" zum Gegenstand haben kann (D. 75).

e. **Über Gegenstände des Handelsverkehrs.** Was zu den Gegenständen des Handelsverkehrs gehört, ist eine wirtschaftliche, keine rechtliche Frage. Ausdrücklich als nicht zu den Gegenständen des Handelsverkehrs gehörend sind im Abs. 2 die unbeweglichen Sachen bezeichnet; dagegen können an sich alle Arten beweglicher Sachen Gegenstände des Handelsverkehrs sein (D. 10; § 1 Anm. IX d 2). Als Beispiele hebt Abs. 1 hervor „Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren" (vgl. § 1 Anm. IX d, e), „Versicherungen" (hier ohne Ausschluß der Gegenseitigkeitsversicherungen; vgl. § 1 Anm. XI), „Güterbeförderungen" (da dies nur ein Beispiel, so ist Personenbeförderung nicht ausgeschlossen, soweit im Einzelfall diese Beförderung als Gegenstand des Handelsverkehrs erscheint; vgl. § 1 Anm. XIII), „Bodmerei" (§ 679), „Schiffsmiete". Das Wort „sonstige" (vgl. RG. 39 140) weist darauf zurück, daß auch die vorher einzeln aufgeführten Gegenstände nur insoweit gemeint sind wie sie tatsächlich Gegenstand des Handelsverkehrs sind. Daß das vermittelte Geschäft ein Handelsgeschäft (§ 343) sei, ist nicht notwendig, aber andererseits auch nicht genügend (D. 75). So z. B. ist nach Abs. 2 Handelsmakler nicht, wer Kaufverträge über Grundstücke vermittelt, selbst soweit diese Kaufverträge Handelsgeschäfte für die Vertragsparteien sind (D. 75). Nicht Gegenstand des Handelsverkehrs ist die Arbeitskraft. Daher sind nicht Handelsmakler die Vermittler von Anstellungsverträgen. Nicht als Handelsmakler wurden die Vermittler von Gesellschaftsverträgen erachtet (OLG. Hamburg 12 II 01 OLGRspr. 2 251).

f. **Übernimmt** steht hier wohl nicht im Sinn einer Verpflichtung zu Bemühungen zur Herbeiführung des Erfolgs (Staub Exk. zu § 92 Anm. 2; dagegen Goldmann Anm. 2) oder gar im Sinn einer Übernahme des Einstehens für den Erfolg. Handelsmakler (ebenso wie gemeinbürgerlicher Makler, Mot. BGB. 2 510) ist daher auch, wer ohne Eingehen solcher Verpflichtungen gewerbsmäßig sich einen Vermittlerlohn für den Fall des Zustandekommens von Vermittelungen der in § 93 Abs. 1 bezeichneten Art versprechen läßt (Staub Exk. zu § 92 Anm. 2).

IV. **Vermittelung anderer als der in § 93 Abs. 1 bezeichneten Geschäfte.** Werden Geschäfte vermittelt, die nicht Gegenstände des Handelsverkehrs betreffen, so finden nach § 93 Abs. 2 die Vorschriften des Abschnitts über Handelsmakler nicht Anwendung. Erfolgen derartige Vermittelungen gewerbsmäßig, so begründet dies nicht die Eigenschaft des Vermittlers als Handelsmakler, derartige Vermittler sind daher nicht Kaufleute gemäß § 1 Nr. 7 (vgl. für das frühere Recht RGSt. 25 396), können sich jedoch unter Umständen gemäß § 2 als Kaufleute eintragen lassen. Erfolgen derartige Vermittelungen — sei es gewerbsmäßig, sei es nur in Einzelfällen — durch jemand, der aus anderen Gründen Handelsmakler ist, so kommen zwar gleichfalls nicht die Bestimmungen des Abschnitts über Handelsmakler zur Anwendung, jene Vermittelungen sind jedoch in der Regel gemäß §§ 343 Abs. 1, 344 Abs. 1 Handelsgeschäfte. — Werden durch einen Handelsmakler Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs in anderer Weise vermittelt als die §§ 93 ff. voraussetzen, z. B. indem

der Handelsmakler sich verpflichtet, das einseitige Interesse einer Partei wahrzunehmen, so sind dennoch — außer wenn beide Parteien, deren Vertrag vermittelt wird, Gegenteiliges mit dem Makler vereinbaren — die §§ 94 ff. anwendbar; namentlich also auch § 98. Dies ist eine Folgerung daraus, daß der Abschnitt 8 nach seiner Stellung in Buch I und nicht Buch III die Regeln über „Handelsmakler", nicht die Regeln über den „Handelsmaklervertrag" enthält.

§ 94.

Schlußnote.

Der Handelsmäkler hat, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Waare davon entbindet, unverzüglich nach dem Abschlusse des Geschäfts jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlußnote zuzustellen, welche die Parteien, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waaren oder Werthpapieren deren Gattung und Menge sowie den Preis und die Zeit der Lieferung, enthält.

Bei Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen, ist die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote zu übersenden.

Verweigert eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlußnote, so hat der Handelsmäkler davon der anderen Partei unverzüglich Anzeige zu machen.

ADH. Art. 73. **Entw. I** § 83. **Entw. II** § 92.

I. **Pflicht des Handelsmaklers zur Zustellung einer Schlußnote.**

a. **Die Vorschrift des HGB. § 94.** Die Übersendung der Schlußnote hat unverzüglich (= ohne schuldhaftes Zögern, BGB. § 121) nach Abschluß des Geschäfts zu erfolgen. Die Gültigkeit des Geschäfts ist unabhängig von der nachträglichen Annahme oder Unterzeichnung einer Schlußnote durch die Partei (ADH. Art. 76, jetzt als selbstverständlich fortgelassen; D. 78). Die Vorschrift, daß Schlußnoten zu erteilen sind, ist nur eine Ordnungsvorschrift, bei deren Vernachlässigung der Makler allerdings unter Umständen schadenersatzpflichtig werden kann (§ 98). Ob die Schlußnote nur ein Beweismittel ist, oder ob ihre widerspruchslose Entgegennahme rechtsbegründende Wirkung hat, vgl. § 346 Anm. III a 4. Die Weigerung der Annahme einer Schlußnote ist an sich unerheblich, kann jedoch unter Umständen als Beweismittel dafür dienen, daß schon damals die Partei, welche die Annahme weigert, glaubte, daß in der Schlußnote der Inhalt des Vertrages unrichtig beurkundet sei (P. 141). Nach § 94 Abs. 3 hat im Fall einer Weigerung der Annahme (Abs. 1) oder Unterschrift (Abs. 2) der Schlußnote der Handelsmakler die Pflicht, der anderen Partei ohne schuldhaftes Zögern Anzeige zu machen.

b. **Die Sondervorschrift des Reichsstempelgesetzes.** Neben der allgemeinen Vorschrift des § 94 bleibt bestehen (EGHGB. Art. 2 § 2) die inhaltlich etwas abweichende Sondervorschrift des § 9 Reichsstempelgesetz 27 IV 94 / 14 VI 00 (RGBl. 00 275) bezüglich der nach diesem Gesetz abgabepflichtigen Geschäfte:

„Der zur Entrichtung der Abgabe zunächst Verpflichtete hat über das abgabepflichtige Geschäft am Tage des Geschäftsabschlusses eine Schlußnote auszustellen, welche den Namen und den Wohnort des Vermittlers und der Kontrahenten, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere den Preis, sowie die Zeit der Lieferung ergeben muß. Die Unterschrift des Ausstellers ist nicht erforderlich.

Die Schlußnote ist doppelt auf einem vorher gestempelten oder mit den erforderlichen Stempelmarken zu versehenden Formular auszustellen, von dem je eine Hälfte für jeden der beiden Kontrahenten bestimmt ist. Spätestens am dritten Tage nach dem Tage des Geschäftsabschlusses hat der Aussteller der Schlußnote die nicht für ihn bestimmte Hälfte der

letzteren, wenn derselbe die Schlußnote aber als Vermittler ausgestellt hat (§ 8 Ziffer 1), deren beide Hälften abzusenden.

Vermittler haben diese Absendung und den verwendeten Stempelbetrag in ihren Geschäftsbüchern zu vermerken.

Der zur Entrichtung der Abgabe zunächst Verpflichtete darf unversteuerte Schlußnoten über das abgabepflichtige Geschäft nicht ausstellen und aus der Hand geben."

Über die Schlußnoten des Reichsstempelgesetzes vgl. ferner daselbst §§ 10—15 und Strafbestimmungen §§ 19—21.

II. **Ausnahmen vom Schlußnotenzwang.** Solche Ausnahmen bestehen:

a. sofern die Parteien dem Handelsmakler dies erlassen; der Verzicht nur einer Partei auf Aushändigung einer Schlußnote an sie genügt nicht, da auch die andere Partei ein Interesse daran hat, daß gegenüber ihrem Vertragsgegner der Vertragsabschluß urkundlich festgestellt wird (Staub Anm. 4, Goldmann Anm. 1, Jacusiel 20; dagegen anscheinend Düringer-Hachenburg Anm. II);

b. falls ein auf bestimmte Gattungen von Waren beschränkter abweichender Ortsgebrauch besteht;

c. für Warenmakler im Kleinverkehr (§ 104);

d. soweit ausnahmsweise der endgültige Abschluß des vermittelten Geschäfts ohne Mitwirkung des Handesmaklers geschehen ist (D. 77).

III. **Inhalt der Schlußnote.**

a. **Gesetzlicher Inhalt.**

1. Bezeichnung der Parteien. Hat der Handelsmakler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten, so findet § 95 Anwendung.

2. Gegenstand und Bedingungen des Geschäfts. In dem besonderen Fall eines Verkaufs von Waren oder Wertpapieren (§ 1 Anm. IXd, e) soll hierzu gerechnet werden die Gattung und Menge des Verkauften, der Preis und die Zeit der Lieferung. Falls der Vertrag mit der Klausel „gehabte Bedingungen" geschlossen ist, genügt Aufnahme dieser Klausel, der Inhalt der früheren Bedingungen braucht nicht im einzelnen angegeben zu werden (Düringer-Hachenburg Anm II, Staub Anm. 3; dagegen Goldmann Anm. 1, Jacusiel 19).

3. Unterschrift. Zu unterscheiden ist, ob das Geschäft sofort erfüllt werden sollte (Abs. 1), oder nicht (Abs. 2). Im ersteren Fall hat der Handelsmakler beide Schlußnoten zu unterzeichnen und je eine jeder Partei zu senden; im letzteren Fall hat der Handelsmakler die nicht unterschriebenen (dagegen Goldmann Anm. 2) Schlußnoten den Parteien zu deren Unterzeichnung zu übermitteln und nach erfolgter Unterschrift die Urkunden zwischen den Parteien auszutauschen. Unter „Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen", werden hier alle Geschäfte verstanden, bei denen eine gewisse Zeit der Lieferung vertragsmäßig festgesetzt ist, nicht aber diejenigen, bei denen eine spätere Lieferungszeit nicht ausgemacht ist, die aber doch nicht sofort erfüllt zu werden pflegen, weil der Natur der Sache nach (z. B. bei großen Warenvorräten) oder nach Ortsgebrauch in allen Fällen eine kurze Frist für die Lieferung bewilligt wird, (P. 130).

b. **Ausnahmen.** Soweit überhaupt kein Schlußnotenzwang besteht (Anm. II), besteht auch kein Zwang bezüglich des Inhalts einer etwa dennoch erteilten Schlußnote. Das Erlassen durch die Parteien oder der Ortsgebrauch (Anm. IIa, b) kann auch dahin gehen, daß zwar eine Schlußnote zu erteilen, in sie aber ein Teil des sonst vorgeschriebenen Inhalts nicht aufzunehmen ist. Nur beiden Parteien gemeinsam (oben Anm. IIa) steht frei, auf Teile des vorgeschriebenen Inhalts der Schlußnote zu verzichten; auch kann eine Partei z. B. im Fall des § 95 oder wenn der Makler von der anderen Partei beauftragt war, bestimmte Tatsachen oder Namen vorerst der ersteren Partei nicht mitzuteilen, sich damit einverstanden erklären, daß die betreffenden Tatsachen oder Namen zunächst in der Schlußnote offen gelassen werden (vgl. P. 130).

§ 95.

Vorbehalt nachträglicher Nennung des Vertragsgegners.

Nimmt eine Partei eine Schlußnote an, in der sich der Handelsmäkler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten hat, so ist sie an das Geschäft mit der Partei, welche ihr nachträglich bezeichnet wird, gebunden, es sei denn, daß gegen diese begründete Einwendungen zu erheben sind.

Die Bezeichnung der anderen Partei hat innerhalb der ortsüblichen Frist, in Ermangelung einer solchen innerhalb einer den Umständen nach angemessenen Frist zu erfolgen.

Unterbleibt die Bezeichnung oder sind gegen die bezeichnete Person oder Firma begründete Einwendungen zu erheben, so ist die Partei befugt, den Handelsmäkler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn sich die Partei auf die Aufforderung des Handelsmäklers nicht unverzüglich darüber erklärt, ob sie Erfüllung verlange.

ADH. — **Entw. I** § 84. **Entw. II** § 93.

I. **Nimmt eine Partei eine Schlußnote an.** Zu der Annahme einer Schlußnote, in welcher der Vertragsgegner nicht benannt wird, ist die Partei im Zweifel nicht verpflichtet (D. 76). Nimmt sie die Schlußnote an, so ist die Bindung der Partei eine unmittelbare gegenüber dem zu benennenden Vertragsgegner, nicht etwa eine Bindung nur gegenüber dem Handelsmakler (ebenso Goldmann Anm. 1; dagegen Lehmann Nr. 3), auch nicht — in Ansehung des Vertragsinhalts — eine Bindung gegenüber beiden zugleich (unten Anm. III dagegen Staub Anm. 1); dem Handelsmakler gegenüber tritt vielmehr nur in Ansehung seines Anspruchs auf den Maklerlohn eine Bindung ein, die dadurch bedingt ist, daß entweder der Makler einen geeigneten Vertragsgegner benennt oder die Partei mangels Benennung die Erfüllung durch den Makler verlangt. Ist in der Schlußnote zwar die Aufgabe der Person des Vertragsgegners vorbehalten, aber doch eine bestimmte Eigenschaft des letzteren bedungen (z. B. „Primaablader"), so tritt die Bindung zwar bereits bei Annahme der Schlußnote von dem Handelsmakler endgültig, aber als eine durch jene Eigenschaft des Vertragsgegners bedingte ein (RG. **33** 133, **35** 106, **38** 188). — Der § 95 Abs. 1 schließt gegenteilige Abreden zwischen der Partei und dem Makler über die Wirkungen des Vorbehalts der Bezeichnung einer anderen Partei nicht aus (über derartige mögliche Abreden RG. **20** 37). — Er ist entsprechend anzuwenden auf eine in anderer Form als durch Annahme einer Schlußnote abgegebene ausdrückliche Vertragsabschlußerklärung mit Vorbehalt der Bezeichnung des Vertragsgegners durch den jene Erklärung annehmenden Makler (OLG. Oldenburg 3 VI 03 OLGRspr. 7 150, Düringer-Hachenburg Anm. VII, Staub Anm. 6; dagegen Lehmann Nr. 8, Goldmann Anm. 3 IV).

II. **Begründete Einwendungen** liegen vor z. B., wenn die Zahlungsfähigkeit des nachträglich Benannten nicht unzweifelhaft ist (D. 76; dagegen OLG. Posen 9 XI 03 OLGRspr. 8 54), oder wenn der nachträglich Benannte als unredlich oder als Schikanör bekannt ist (RG. 24 66, 70). Daß dergleichen Einwendungen vorliegen, muß der Einwendende beweisen (RG. **35** 106). Die Einwendung zweifelhafter Zahlungsfähigkeit des Vertragsgegners kann nicht aufrecht erhalten werden, wenn dieser daraufhin sofort Sicherheit leistet (OLG. Oldenburg 3 VI 03 OLGRspr. 7 150).

III. **Befugnis, den Handelsmakler auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen.** Diese Befugnis tritt ein, wenn der Handelsmakler entweder gar keinen oder einen ungeeigneten Vertragsgegner benennt. Die Frist des § 95 Abs. 2 ist eine Ausschlußfrist; eine an den Makler gerichtete Mahnung ist nicht für erforderlich zu erachten, außer wenn (RG. **38** 189) in dem betreffenden Geschäftszweig ein gegenteiliger Handelsgebrauch besteht. Nur auf Seite der Partei besteht die Befugnis, von dem Handelsmakler Erfüllung zu verlangen; der Handelsmakler hat

seinerseits kein Recht zum Selbsteintritt (D. 76). Hat aber die Partei erklärt, daß sie Erfüllung verlange, so ist auch sie nunmehr gegenüber dem Makler gebunden. Dem Makler verbleibt der Anspruch auf den Maklerlohn (Düringer-Hachenburg Anm. IV; dagegen Lehmann § 99 Nr. 10). Neben dem Makler haftet dann (abweichend vom Fall des § 384 Abs. 3) nicht auch die Gegenpartei; mit letzterer besteht vielmehr kein Vertragsverhältnis. — Ist eine geeignete Gegenpartei vom Makler benannt, so haftet er nicht mehr für Erfüllung durch die Gegenpartei.

IV. **Stempelpflicht.** Das Reichsstempelgesetz 27 IV 94 / 14 VI 00 bestimmt für die nach diesem Gesetz stempelpflichtigen Geschäfte in § 7 Abs. 4: „Geschäfte, welche vorbehaltlich der Aufgabe („an Aufgabe") abgeschlossen werden, sind abgabepflichtig. Die Bezeichnung des definitiven Gegenkontrahenten (die Aufgabe) ist steuerfrei, wenn dieselbe spätestens am folgenden Werktage gemacht wird; wird dieselbe später gemacht, so gilt sie als ein neues abgabepflichtiges Geschäft."

§ 96.

Aufbewahrung von Proben.

Der Handelsmäkler hat, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Waare davon entbindet, von jeder durch seine Vermittelung nach Probe verkauften Waare die Probe, falls sie ihm übergeben ist, so lange aufzubewahren, bis die Waare ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen oder das Geschäft in anderer Weise erledigt wird. Er hat die Probe durch ein Zeichen kenntlich zu machen.

ADH. Art. 80. **Entw. I** § 85. **Entw. II** § 94.

I. **Probenaufbewahrungspflicht.** Der Makler braucht nicht notwendig die *ganze* Probe aufzubewahren, weil sie oft an den Käufer behufs teilweiser Erfüllung des Vertrages abgegeben werden muß; es wurde als genügend angesehen, wenn in der Regel, sofern die Probe überhaupt teilbar, nur so viel aufbewahrt werde, wie zur Wiedererkennung erforderlich ist (P. 973). Bei Verletzung der Aufbewahrungspflicht haftet der Makler auf Ersatz des Schadens (§ 98). Die Aufbewahrungspflicht besteht nur, wenn und solange *alle* nachstehend erwähnten Merkmale vorliegen:

a. die Ware *nach Probe* verkauft ist (BGB. § 494),
b. der Verkauf *durch den Handelsmakler vermittelt* ist,
c. die Probe *ihm übergeben* ist,
d. die Ware vom Gegner noch nicht ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen, oder das Geschäft in anderer Weise erledigt ist.

II. **Ausnahmen.** Eine Aufbewahrungspflicht besteht überhaupt nicht, wenn (vgl. § 94 Anm. II)

a. die Parteien (d. h. *beide* Parteien) dies dem Handelsmakler erlassen, oder
b. ein *auf bestimmte Gattungen von Waren beschränkter* abweichender Ortsgebrauch besteht, z. B. ein Ortsgebrauch für Waren, deren Proben besonders umfangreich sind (P. 142).

§ 97.

Mangelnde Vollmacht zur Empfangnahme.

Der Handelsmäkler gilt nicht als ermächtigt, eine Zahlung oder eine andere im Vertrage bedungene Leistung in Empfang zu nehmen.

ADH. Art. 67 Abs. 2. **Entw. I** § 86. **Entw. II** § 95.

Die Vorschrift entspricht der für Agenten mit fester Geschäftsniederlassung gegebenen (§ 86 Abs. 1); der § 97 schließt nicht aus, daß auch dem *Handelsmakler* eine Handlungsvollmacht (§ 54) zur Empfangnahme von Zahlungen oder anderen Leistungen erteilt werden kann. Die Reichstagskommission hat die im Entwurf II enthaltenen Worte „in Ermangelung eines ab-

weichenden Ortsgebrauchs" gestrichen, obgleich geltend gemacht wurde, daß z. B. in Hamburg die Schiffsmakler nach Ortsgebrauch berechtigt seien, die Frachten einzuziehen. Trotzdem braucht, da die Verkehrssitte einer nur vertragergänzenden Gesetzesvorschrift vorgeht (§ 346 Anm. I d), die Handlungsvollmacht nicht im Einzelfall erteilt zu sein; vielmehr genügt eine Ermächtigung nur durch Ortsgebrauch (Staub, vgl. ROH. 11 244; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II, Geltmann Anm. 1).

§ 98.

Verschulden des Maklers.

Der Handelsmäkler haftet jeder der beiden Parteien für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden.

ADH. Art. 81. **Entw. I** § 87. **Entw. II** § 96.

I. **Jeder der beiden Parteien.** Bei dem Maklervertrag des Bürgerlichen Gesetzbuchs steht nach herrschender Meinung (Planck Vorbem. III zu Buch II Abschn. 7 Tit. 8) der Makler in der Regel nur zu einer Partei in einem Vertragsverhältnis; er haftet dann der anderen Partei nur nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen. Anders beim Handelsmakler: er gilt als Vermittler für beide Parteien, er leistet beiden seine Dienste, und es ist meist vom Zufall abhängig, welche der Parteien sich zuerst an ihn wendet (D. 77); deshalb haftet er beiden Parteien aus dem Vertrag für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347), und zwar selbst, wenn im Einzelfall nur die eine Partei gemäß Parteiabrede (§ 99) den Maklerlohn bezahlt (Mosse Anm. 1). Er hat die Pflicht, beiden Parteien auf Befragen über die tatsächlichen Verhältnisse wahre Angaben zu machen (vgl. P. 152) oder ein etwa erteiltes Schweigegebot zu erwähnen; auch darf er nicht die ihm bekannt gewordenen Umstände verschweigen, die geeignet wären, die Gegenpartei vom Vertragsschluß zurückzuhalten (Bolze 4 Nr. 646). Vorstehendes gilt auch, wenn der Makler nur im einseitigen Interesse einer Partei handelte (§ 93 Anm. IV). Nur dann nicht, wenn beide Parteien damit einverstanden waren, daß der Makler diese Stellung einnehme (Düringer-Hachenburg Anm. I, Staub Anm. 2). Ein solches Einverständnis beider Parteien ist anzunehmen z. B., wenn jeder von beiden sich durch einen anderen Makler vertreten läßt (vgl. OLG. Hamburg 3 II 05 OLGRspr. 10 238). In Fällen der letzteren Art haftet der Makler nur gegenüber der ihn beauftragenden Partei für Verschulden (OLG. Hamburg 3 II 05 OLGRspr. 10 238).

II. **Verschulden.** Der § 98 bezieht sich nur auf Verschulden in Ansehung der Vertragspflicht des Maklers, der besonders vereinbarten, der verkehrsüblichen und der gesetzlichen. Ein solches Verschulden kann unter Umständen auch darin liegen, daß der Makler irrtümlich annahm, es liege eine Willenseinigung der Parteien vor (ROH. 4 415).

§ 99.

Maklerlohn.

Ist unter den Parteien nichts darüber vereinbart, wer den Mäklerlohn bezahlen soll, so ist er in Ermangelung eines abweichenden Ortsgebrauchs von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten.

ADH. Art. 83. **Entw. I** § 88. **Entw. II** § 97.

I. **Zahlungspflichtiger.** Wer den Maklerlohn zu entrichten hat, darüber entscheidet in erster Reihe die Parteiabrede, in zweiter ein etwa vorhandener Ortsgebrauch, in dritter die gesetzliche Regel, wonach jede Partei die Hälfte zu entrichten hat. Ein besonderer Ortsgebrauch besteht z. B. in Frankfurt a. M. (KB. 55). An die Parteiabrede ist der Makler nur soweit gebunden, als er vor Beendigung seiner Maklerdienste Kenntnis davon erhalten und nicht widersprochen hat (BGB. § 151). Die gesetzliche Regel des HGB. weicht ab von der Regel des BGB.; nach letzterem hat bei dem gemeinbürgerlichen Maklervertrag (bei welchem der Makler in der Regel nur zu einer Partei im Vertragsverhältnis steht) in der Regel nur

die Partei, die zuerst die Dienste des Maklers in Anspruch genommen hat, den Maklerlohn zu zahlen.

II. **Entstehung des Anspruchs auf Maklerlohn.** Das BGB. bestimmt:

§ 652: „Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder für die Vermittelung eines Vertrags einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittelung des Mäklers zu stande kommt. Wird der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so kann der Mäklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt.

Aufwendungen sind dem Mäkler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zu stande kommt."

§ 653 Abs. 2: „Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen."

Hiernach ist der Maklerlohn verdient bereits mit dem Abschluß des Geschäfts, nicht erst — wie bei dem Agent (§ 88 Anm. I c) und dem Kommissionär (§ 396 Anm. I a 1) — mit der Ausführung. Aber auch erst mit dem Abschluß, nicht bereits mit der Zuführung Vertragslustiger (M. 44). Indessen genügt die in der Zuführung liegende Tätigkeit, wenn infolge dieser Zuführung demnächst der Abschluß zu stande kommt (OLG. Braunschweig 25 IX 03 OLGRspr. **9** 6). Zum Abschluß des Geschäfts wird der Auftraggeber durch den an den Makler erteilten Auftrag nicht verpflichtet (RG. **47** 255). Ein Abschluß liegt erst vor, wenn der Vertrag in rechtsverbindlicher Form zu stande gekommen ist (RG. **29** 232). Daß außerdem der Makler, soweit Schlußnotenzwang besteht (§ 94 Anm. II), die Schlußnoten zugestellt haben muß, folgt daraus, daß dies zu der ihm nach § 94 obliegenden Vertragsleistung gehört (D. 77) und er vorzuleisten hat. Ob bei Auftrag zur Darlehnsbeschaffung der ein Darlehnsversprechen enthaltende Vorvertrag oder die Hingabe des Darlehns das zu vermittelnde Geschäft ist, hängt vom Parteiwillen ab; im Zweifel ist letzteres als beabsichtigt anzusehen (RG. **39** 231). Ist der Vertrag unter auflösender Bedingung geschlossen, und tritt diese Bedingung dann ein, so fällt im Zweifel der Anspruch auf den Maklerlohn fort, und der gezahlt erhaltene Maklerlohn ist zurückzuerstatten (Planck[2] § 652 Anm. 2c, Lehmann Nr. 5, Goldmann Anm. 1, Jacusiel 32; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. I; Fortfall angenommen kraft Auslegung der betreffenden Verträge: Bolze 7 Nr. 531, **19** Nr. 461). Aufhebung des Vertrages durch Wandlung beseitigt nicht den Anspruch auf den Maklerlohn (OLG. Kiel 2 VI 04 OLGRspr. **10** 176). — Der Makler muß zur Begründung seines Provisionsanspruchs beweisen, daß der Auftraggeber bei Abschluß Kenntnis von der vorausgegangenen Vermittlertätigkeit hatte (RG. **47** 255, OLG. Colmar 29 I 04 OLGRspr. 9 7). Dagegen braucht er nicht auch zu beweisen, daß der Abschließende Kenntnis von dem durch ihn oder seinen Rechtsvorgänger dem Makler erteilten Provisionsversprechen hatte (RG. **47** 255). — Ob bei Selbsteintritt des Maklers (§ 95 Abs. 3 Satz 1) ein Anspruch auf Maklerlohn besteht, vgl. § 95 Anm. III. — Läßt sich die Höhe der Vergütung weder nach einer Taxe noch nach einer bestehenden Übung bestimmen, so sind BGB. §§ 315, 316 maßgebend (OLG. Hamburg 12 II 04 OLGRspr. 8 439).

§ 100.

Tagebuch.

Der Handelsmäkler ist verpflichtet, ein Tagebuch zu führen und in dieses alle abgeschlossenen Geschäfte täglich einzutragen. Die Eintragungen sind nach der Zeitfolge zu bewirken; sie haben die im § 94 Abs. 1 bezeichneten Angaben zu enthalten. Das Eingetragene ist von dem Handelsmäkler täglich zu unterzeichnen.

Die Vorschriften der §§ 43, 44 über die Einrichtung und Aufbewahrung der Handelsbücher finden auf das Tagebuch des Handelsmäklers Anwendung.

ADH. Art. 71, 72. **Entw. I** § 89. **Entw. II** § 98.

I. **Tagebuch.** Das Tagebuch ist kein Handelsbuch im Sinn des HGB., denn es dient nicht dazu, die Geschäfte des Buchführenden (was § 38 von den Handelsbüchern verlangt), sondern die Geschäfte anderer Personen untereinander ersichtlich zu machen; hierfür sprechen auch die sonst unnötigen Bestimmungen in §§ 100 Abs. 2, 102. Dasselbe gilt von dem zum Zweck vorläufiger Notierungen formlos, nicht notwendig mit Tinte (vgl. § 43 Anm. IV), geführten Handbuch (P. 127). Der § 100 betrifft nur das Tagebuch. Da der Handelsmakler Kaufmann ist (§ 1 Abs. 2 Nr. 7), so bleibt er daneben nach der allgemeinen Regel des § 38 verpflichtet, auch andere Bücher zu führen, soweit dies erforderlich ist, um seine Handelsgeschäfte nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen. Auf diese anderen Bücher finden die allgemeinen Vorschriften über Handelsbücher Anwendung. Die Vorschriften über Tagebücher finden keine Anwendung auf Personen, welche die Vermittelung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgen (§ 104).

II. **Eintragungen.** In das Tagebuch sind nur die abgeschlossenen Geschäfte einzutragen, d. h. die zwischen den Parteien durch Vermittelung des Maklers abgeschlossenen. Nur solche Geschäfte, die unter § 93 Abs. 1 fallen (§ 93 Abs. 2). Einzutragen sind die Bezeichnung der Parteien (§ 94 Anm. III a 1) und der Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waren oder Wertpapieren deren Gattung, Menge, Preis und Lieferungszeit (§ 94 Anm. III a 2). Für die Eintragungen im Tagebuch gilt nicht die Ausnahme des § 94 Abs. 1, daß Parteiabrede und Ortsgebrauch den Handelsmakler von der Eintragungspflicht entbinden können. Andere Eintragungen als die in § 94 Abs. 1 vorgesehenen braucht der Handelsmakler nicht im Tagebuch vorzunehmen, er hat z. B. keine Verpflichtung zur Eintragung einer Übereinkunft, wonach die Parteien einen abgeschlossenen Vertrag wieder aufheben oder als erloschen anerkennen (P. 151). Die Zeitfolge der Abschlüsse ist, auch bezüglich der mehreren Abschlüsse eines einzelnen Tages, einzuhalten. Die Eintragungen sollen täglich erfolgen. Trotz des Wortlauts des § 100 braucht der Handelsmakler nicht persönlich die Eintragungen vorzunehmen (ebensowenig wie trotz des Wortlauts des § 38 der Kaufmann persönlich die Bücher zu führen braucht), sondern er ist nur für die Vornahme der Eintragungen verantwortlich (P. 125); ADH. Art. 71 lautete: „Der Handelsmäkler muß außer seinem Handbuche ein Tagebuch führen, in welches letztere alle abgeschlossenen Geschäfte täglich einzutragen sind;" durch die Umwandlung der unpersönlichen Fassung „einzutragen sind" in die persönliche sollte sachlich nichts geändert werden. Die Unterzeichnung durch den Handelsmakler ist dagegen als eine persönliche gedacht (P. 125).

III. **Einrichtung und Aufbewahrung.** Vgl. Anmerkungen zu §§ 43, 44. Für das Tagebuch des Kursmaklers enthält Börsenges. § 33 (neue Fassung durch EGHGB. Art. 14) die Sonderbestimmung:

„Das von dem Kursmakler zu führende Tagebuch ist vor dem Gebrauche dem Börsenvorstande zur Beglaubigung der Zahl der Blätter oder Seiten vorzulegen.

Wenn ein Kursmakler stirbt oder aus dem Amte scheidet, ist sein Tagebuch bei dem Börsenvorstande niederzulegen."

IV. **Folge von Zuwiderhandlungen.** Sie sind strafbar nach § 103. Die Unterlassung der Eintragung berührt weder die Gültigkeit des abgeschlossenen Geschäfts noch an sich den Anspruch auf den Maklerlohn. Doch ist bei Verschulden der Makler schadenersatzpflichtig (§ 98), und mit einem etwaigen Schadensersatzanspruch kann gegenüber dem Anspruch auf Maklerlohn aufgerechnet werden. Über Zuwiderhandlungen der Erben des Maklers vgl. § 103.

§ 101.

Auszug aus dem Tagebuch.

Der Handelsmäkler ist verpflichtet, den Parteien jederzeit auf Verlangen Auszüge aus dem Tagebuche zu geben, die von ihm unterzeichnet sind und Alles enthalten, was von ihm in Ansehung des vermittelten Geschäfts eingetragen ist.

ADH. Art. 74. **Entw. I** § 90. **Entw. II** § 99.

Jede der Parteien, nicht auch ein Dritter hat das Recht, Auszüge zu fordern. Jedoch nur einen Auszug oder — soweit das Bedürfnis reicht — mehrere gleichlautende Auszüge bezüglich derjenigen Geschäfte, bei denen der Antragsteller Vertragspartei ist. Die Vertragspartei kann auch Gestattung der Einsicht der betreffenden Eintragung im Tagebuch fordern (BGB. § 810; dagegen Düringer-Hachenburg, Staub Anm. 4), denn die Beurkundung ist im Interesse der Partei erfolgt, und §§ 101, 102 enthalten nichts, das jene allgemeine Vorschrift des BGB. aufhebt; durch Gestattung der Einsicht auch bezüglich anderer Eintragungen würde dagegen der Makler seine Verschwiegenheitspflicht gegenüber den bei jenen anderen Eintragungen Beteiligten verletzen. — Trotz der zwingenden Fassung des Gesetzes ist anzuerkennen, daß der Makler die Erteilung von Auszügen (oder wenigstens vollständiger Auszüge) bezüglich derjenigen Geschäfte abzulehnen hat, bei denen er nach Übereinkunft mit beiden Parteien über einzelne Verhältnisse, Namen und dergl. Schweigen beobachten soll bezw. darf (vgl. P. 132); denn in dem Gestatten des Schweigens liegt ein Verzicht auf die Erteilung der Auskunft durch Auszüge. Über die entsprechende Frage bei Schlußnoten s. § 94 Anm. III b.

§ 102.

Vorlegung des Tagebuchs.

Im Laufe eines Rechtsstreits kann das Gericht auch ohne Antrag einer Partei die Vorlegung des Tagebuchs anordnen, um es mit der Schlußnote, den Auszügen oder anderen Beweismitteln zu vergleichen.

ADH. Art. 79. **Entw. I** § 91. **Entw. II** § 100.

Die D. 78 bemerkt: „Die durch die bisherige Fassung der Vorschrift entstandene Streitfrage, ob die Vorlegung des Tagebuchs nur zu dem Zwecke angeordnet werden dürfe, um die Glaubwürdigkeit der von den Parteien vorgebrachten Beweismittel zu prüfen, oder ob das Gericht auch befugt sei, das Tagebuch, entgegen den allgemeinen Grundsätzen der Zivilprozeßordnung, von Amts wegen als ein neues und selbständiges Beweismittel in den Prozeß einzuführen, ist durch die Fassung des Entwurfs im ersteren Sinne entschieden." Der § 102 enthält keine Beschränkung dahin, daß er nur anwendbar sei, wenn der Handelsmakler Partei ist. Ist er nicht Partei, so ist aber eine solche gerichtliche Anordnung nicht vollstreckbar gegenüber dem Handelsmakler, wenn dieser ihr nicht nachkommt; denn das Gericht hat kein unmittelbares Zwangsrecht gegenüber dem Handelsmakler, und die Partei kann nach BGB. §§ 810, 811 nur Vorlegung an die einsichtsberechtigte Partei, nicht an das Gericht fordern. Über die auch außerhalb eines Rechtsstreits bestehende Pflicht zur Vorlegung an die Partei vgl. Anm. zu § 101. — Nicht etwa kommt neben § 102 auch § 45 Abs. 1 zur Anwendung, denn das Tagebuch ist kein Handelsbuch im Sinn des HGB. (§ 100 Anm. I). Daher beschränkt sich das Recht des Gerichts auf die Anordnung der Vorlegung zwecks Vergleichung mit Schlußnote, Auszügen und anderen Beweismitteln. Indessen ergibt sich ein weitergehendes Recht des Gerichts aus den auch neben § 102 unberührt bleibenden Vorschriften der CPO. §§ 142, 423 und (Anm. zu § 101) CPO. § 422 in Verbindung mit BGB. § 810.

§ 103.

Strafvorschrift betr. Tagebuchsführung und -aufbewahrung.

Handelsmäkler, die den Vorschriften über die Führung und Aufbewahrung des Tagebuchs zuwiderhandeln, werden mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark bestraft.

ADH. — **Entw. I** § 92. **Entw. II** § 101.

Die Strafvorschrift rechtfertigt sich dadurch, daß die Strafvorschriften der Konkursordnung nicht anwendbar sind, weil das Tagebuch kein Handelsbuch ist (§ 100 Anm. I), ferner dadurch, daß bei dem Tagebuch nicht, wie bei den „Handelsbüchern" im Sinn des HGB., der Buchführende schon durch sein eigenes Interesse zu richtiger Buchführung und zur Aufbewahrung

veranlaßt wird, denn das Tagebuch beurkundet in erster Reihe Geschäfte Dritter untereinander und ist für den Handelsmakler selbst nur mittelbar von Wichtigkeit, indem es einen Anhalt dafür gibt, welche Geschäfte er als zu stande gekommen erachtete. Die Strafandrohung erstreckt sich auf Zuwiderhandlungen sowohl gegen § 100 Abs. 1 wie auch gegen § 100 Abs. 2, dagegen nicht auf Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtungen zur Auszugserteilung oder Vorlegung gemäß §§ 101, 102. Die Erben des Maklers sind bei Verletzung der Aufbewahrungspflicht zwar schadenersatzpflichtig, aber — da § 103 sich nur gegen die Person des verpflichteten Handelsmaklers richtet — nicht strafbar (Düringer-Hachenburg § 100 Anm. III).

§ 104.

Warenmakler im Kleinverkehr.

Auf Personen, welche die Vermittelung von Waarengeschäften im Kleinverkehre besorgen, finden die Vorschriften über Schlußnoten und Tagebücher keine Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 93. **Entw. II** § 102.

I. **Vermittler von Warengeschäften im Kleinverkehr.**

a. **Vermittelung.** Vgl. § 93 Anm. III c.

b. **Waren**geschäfte. Nicht also auch bei Vermittelung über andere Gegenstände des Handelsverkehrs (§ 93 Anm. III e).

c. **Kleinverkehr.** Vgl. § 4 Anm. III. Erheblich ist für die Anwendbarkeit des § 104 nicht die Geringfügigkeit des Umsatzes beim Vermittler, sondern der Umsatz und die Art des Gewerbebetriebs bei den Parteien, deren Geschäfte vermittelt werden. Nur für den Gewerbebetrieb der Parteien ist mithin aus § 4 ein Anhalt dafür zu entnehmen, was als Kleinverkehr angesehen werden kann. — Neben dem § 104 findet aber auch § 4 auf Handelsmakler Anwendung, und für die Anwendbarkeit des § 4 entscheidet die Geringfügigkeit des Umsatzes beim Vermittler. Allerdings findet § 4 nicht Anwendung auf die Tagebuchführung, denn das Tagebuch ist kein Handelsbuch (§ 100 Anm. I). Mithin ist zur Führung eines Tagebuchs verpflichtet der Handelsmakler, der zu den Kleingewerbetreibenden (§ 4) zählt, es sei denn, daß er Warenmakler im Kleinverkehr (§ 104) ist; dagegen nicht zur Führung eines Tagebuchs verpflichtet auch derjenige Warenmakler im Kleinverkehr, der Vollkaufmann ist.

II. **Die Vorschriften über Schlußnoten und Tagebücher finden keine Anwendung** auf Vermittler von Warengeschäften im Kleinverkehr. Dagegen finden Anwendung die sonstigen Vorschriften über Handelsmakler. Die Warenmakler im Kleinverkehr sind daher Kaufleute (§ 93 Abs. 1, § 1 Abs. 2 Nr. 7), wenn auch in der Regel (obwohl nicht notwendig, oben Anm. I c) Minderkaufleute.

Zweites Buch.

Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt.

Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel.

Errichtung der Gesellschaft.

§ 105.

Begriff. Bürgerliches Gesetzbuch als Grundlage.

Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.

Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein Anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung.

ADH. Art. 85. **Entw. I** § 94. **Entw. II** § 103.

I. Gesellschaft.
  a. Handelsgesellschaft.
  b. Die oHG. Unterart der Gesellschaft des BGB.
  c. Ähnlichkeit der oHG. und der juristischen Personen.
  d. Gesellschaftsvertrag.
    1. Gesellschaftsvertrag als notwendige Grundlage.
    2. Nicht auf Vertrag beruhende Gemeinschaften.
    3. Form.
    4. Vertrag das einzige Erfordernis.
  e. Gesellschafter.
    1. Verein oder Gesellschaft als Gesellschafter einer oHG.
    2. Mehrere Gesellschaften derselben Gesellschafter.
    3. Kaufmannseigenschaft des offenen Gesellschafters?
    4. Beschränkt Geschäftsfähiger und Geschäftsunfähiger.
    5. Kauffrau.
  f. Beschränkte Übertragbarkeit der Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis.
    1. Vorschriften des BGB. und der CPO.
    2. Übertragung einzelner Ansprüche.
    3. Übertragung aller Ansprüche und Verbindlichkeiten.
  g. Gesellschaftsvermögen.
    1. Vorschriften des BGB. und der CPO.
    2. Anteile am Gesellschaftsvermögen.
    3. Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens.
    4. Ausschluß der Aufrechnung mit Schuld oder Forderung einzelner Gesellschafter.
  h. Einlage.
    1. „Beitrag“ und „Einlage“.
    2. Gegenstand des Einlageversprechens.
    3. Einlageversprechen.
    4. Einbringung.
    5. Betrag des Einzulegenden.
    6. Einlegungspflicht betreffs Geschäftsgeheimnisse und Erfindungen?
  i. Vorvertrag und letztwillige Verfügung.
  k. Wirkung der Eintragung oder Nichteintragung im Handelsregister.
  l. Beginn der Gesellschaft.

II. Zweck auf Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet.
  a. Zweck.
  b. Betrieb.
  c. Handelsgewerbe.
  d. Firma.
  e. Gemeinschaftliche.

III. Bei keinem Gesellschafter Haftungsbeschränkung.
  a. Keine Haftungsbeschränkung.
  b. Gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.
  c. Beweislast.

IV. Beziehungen zum Ausland.

I. **Gesellschaft.** Über die vor Inkrafttreten des HGB. errichteten Gesellschaften vgl. § 109 Anm. V

a. **Handelsgesellschaft.** Vgl. § 6 Anm. I a 1.

b. **Die offene Handelsgesellschaft eine Unterart der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs.** Der § 105 stellt an die Spitze das Merkmal, daß die offene Handelsgesellschaft eine Gesellschaft ist. Die Begriffsbestimmung der Gesellschaft ist zu entnehmen aus BGB. § 705:

„Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten."

Da die offene Handelsgesellschaft nur eine Art der Gesellschaft des BGB. ist, so ergibt sich von selbst, daß die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über die Gesellschaft zur Anwendung kommen, soweit nicht besondere Vorschriften für die offene Handelsgesellschaft gegeben sind. Dies ist in § 105 Abs. 2 überdies ausdrücklich ausgesprochen. Die Bestimmungen des BGB. über die Gesellschaft sind im Zusammenhang hinter HGB. § 160 abgedruckt. Nur ausnahmsweise sind Bestimmungen des BGB. über die Gesellschaft auch im HGB. wiederholt, in Fällen, in denen sie mit Vorschriften des letzteren über die offene Handelsgesellschaft in besonders nahem Zusammenhang stehen (D. 80). Die wesentlichen Unterschiede zwischen der gemeinbürgerlichen Gesellschaft und der offenen Handelsgesellschaft sind zusammengestellt bei Cosack HR. § 110 Zusatz I.

c. **Ähnlichkeit der offenen Handelsgesellschaft und der juristischen Personen.**

1. Die oHG. ist nicht juristische Person. Das BGB. kennt als Arten privatrechtlicher juristischer Personen nur Vereine und Stiftungen. Die offene Handelsgesellschaft ist keine Stiftung und fällt auch nicht unter den Begriff des Vereins. Der Begriff des Vereins ist zwar im BGB. nicht bestimmt, sondern nur vorausgesetzt. Aber die näheren Bestimmungen des BGB. über die notwendigen Grundsätze der Verfassung rechtsfähiger Vereine (rechtsfähig ist nach HGB. § 124 auch die offene Handelsgesellschaft) zeigen, daß die offene Handelsgesellschaft, in der z. B. kein Vorstand vorhanden ist, nicht als rechtsfähiger „Verein" angesehen wurde. (Vgl. jedoch CPO. §§ 17, 22: „Gesellschaften . . oder andere Vereine"; die Ersetzung des früheren „Personenverein" durch „Verein" beruht auf Beschlüssen der Reichstagskommission.) Schon nach früherem Recht wurde, nachdem bei den Beratungen der Nürnberger Konferenz die Frage offen gelassen worden war (Vorbemerkung Anm. 2a zu Buch II in 11. Auflage dieses Kommentars), fast allgemein die Eigenschaft der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person verneint (z. B. ROH. 25 126, RG. 3 57, 36 63, 140, 177, 395, 43 106, RGSt. 23 349; für juristische Persönlichkeit z. B. Eccius in ZHR. 32 5). „Künftig wird um so weniger Veranlassung zur Annahme der juristischen Persönlichkeit vorliegen, als bei der Gesellschaft des BGB. eine rechtliche Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter gleichfalls anerkannt ist und zwar unter Verwertung eines Rechtsgedankens" (des Gesamtvermögens), „der im allgemeinen auch zur Erklärung der Eigentümlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft ausreicht" (D. 80). Auch nach gegenwärtigem Recht ist daher die oHG. keine juristische Person im Sinn des BGB. (RG. 49 343, 56 432). Vgl. auch den Wortlaut der Überschrift von Buch II Abschnitt 1 Titel 2 („Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander") im Gegensatz zu derjenigen des die AG. betreffenden Abschnitt 3 Titel 2 („Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter"). Bezüglich des Gesellschaftsvermögens besteht vielmehr grundsätzlich (vgl. jedoch unten zu g) eine Gemeinschaft zur gesamten Hand (RG. 56 209, 432).

2. Inwieweit ist die oHG. ähnlich den juristischen Personen zu behandeln? Ist nach Vorstehendem die offene Handelsgesellschaft allerdings keine „juristische Person", so ist doch zu beachten, daß einer selbständig rechtsfähigen, unter selbständigem Gesamtnamen auftretenden und organisierten Gesamtheit (auch einer derartigen Gemeinschaft zur gesamten Hand) grundsätzlich dieselbe Stellung im privaten Rechtsverkehr eingeräumt werden muß wie einer juristischen Person (ähnlich jetzt RG. 56 432: „keine juristische Person, nähert sich ihr aber", und nach früherem Recht OLG. Hamburg 4 X 93 ZHR. 46 501; dagegen Lehmann S. 217 Fußnote 1). Denn es ist gedanklich ein Unding, die

Summe der Gesamthand-Gesellschafter in Ansehung der Gesellschaftsangelegenheiten als gleichbedeutend zu behandeln mit einer in erheblichen Beziehungen selbständig rechtsfähigen Art der Gesamthand-Gesellschaft; wo versucht würde, eine solche Anschauung zu grund zu legen, würde man zu unannehmbaren Folgerungen gelangen (vgl. z. B. § 105 Anm. I g 2, 3, § 124 Anm. II b, c 2, 7). Es ist eine Vermögenseinheit vorhanden, die wie eine bestimmte Person behandelt werden darf (RG. 16 2), ein besonderer „Träger des Schuldverhältnisses" ist (RG. 47 157), ein „selbständiges Rechtssubjekt im uneigentlichen Sinn" (RG. 28 IX 03 JW. 388 [19]). In einigen Beziehungen steht sogar auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts die offene Handelsgesellschaft den juristischen Personen im wesentlichen gleich. Hierher gehören namentlich die Vorschriften des KonsG. 7 V 00 § 2 über die Frage, unter welchen Umständen eine offene Handelsgesellschaft oder eine juristische Person einem Deutschen, einem ausländischen Schutzgenossen oder einem nicht geschützten Ausländer gleichzuachten ist (über das frühere Recht vgl. RG. 19 I 95 JW. 84 [9] gegen RG. 36 177; über das jetzige Recht § 6 Anm. I c). Nach diesen Vorschriften kann unter Umständen die oHG. eine bestimmte eigene Staatsangehörigkeit haben, auch wenn die einzelnen Gesellschafter Angehörige verschiedener Staaten sind (RG. 36 177, vgl. jedoch auch RG. 36 396).

d. Gesellschaftsvertrag.

1. Gesellschaftsvertrag als notwendige Grundlage.

α. Vertrag. Der § 705 BGB. setzt als Grundlage jedes Gesellschaftsverhältnisses einen Vertrag voraus. Dies gilt mithin auch für die offene Handelsgesellschaft (RG. 8 VII 01 KGBl. 109). Das HGB. geht hiernach davon aus, daß die offene Handelsgesellschaft ihrem Wesen nach auf einem Gesellschaftsvertrag beruht und nicht, wie dies für das frühere Recht von einzelnen Seiten angenommen wurde, als ein Verhältnis betrachtet werden kann, durch das ohne Rücksicht auf die zu grund liegenden inneren Beziehungen der Beteiligten lediglich die Haftung für die Schulden eines unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Handelsgewerbes geregelt wird (D. 79). Ein Vertrag, der nur zum Schein geschlossen ist, um die Eintragung einer bestimmten Firma herbeizuführen, bietet keine genügende Unterlage (BGB. § 117 Abs. 1, RG. 37 62, RG. 20 V 03 JW. 244 [24]); die auf grund eines nichtigen Vertrages geschehene Eintragung kann aber für denjenigen, der die Eintragung veranlaßt hat oder wissentlich hat geschehen lassen, aus anderen Gesichtspunkten eine Haftung zur Folge haben (§ 15 Anm. III d 3 α, § 123 Anm. IV). Aus einem tatsächlichen Zusammenwirken mehrerer Kaufleute im Hinblick auf die Möglichkeit eines gemeinsamen Geschäfts mit einem Dritten folgt noch nicht, daß sie einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, namentlich also sich gebunden haben, nur gemeinsam das Geschäft mit dem Dritten einzugehen (OLG. Hamburg 1 XI 02 OLGRspr. 6 30). Durch eine Vereinigung zum Abschluß von Börsentermingeschäften in einem Geschäftszweig, für den nicht beide Parteien „zur Zeit des Geschäftsabschlusses" (d. h. doch wohl bei Eingehung des Gesellschaftsvertrags) in einem Börsenregister eingetragen sind, wird ein Schuldverhältnis nicht begründet (BörsG. 22 VI 96 § 66); dagegen ist ein Gesellschaftsvertrag zwecks gemeinsamen Betreibens andersartiger Spiel- oder Wettgeschäfte nicht völlig unwirksam, und es kann auf Grund desselben, insbesondere auf anteilmäßige Tragung des eingetretenen Verlustes oder anteilmäßige Herausgabe des erzielten Gewinns geklagt werden (RG. 43 152 gegen 40 259), jedoch weder auf Ausführung der übernommenen Spieltätigkeit (RG. 40 259), noch auf Erstattung von Spiel- oder Wettaufwendungen (RG. 51 159).

β. Gesellschaftsvertrag muß der abgeschlossene Vertrag sein. Unerheblich ist, wie die Gesellschafter den abgeschlossenen Vertrag bezeichnen; sind die Merkmale der oHG. gegeben, so liegt eine solche vor, selbst wenn im Vertrag die Gesellschaft als eine Gelegenheitsgesellschaft bezeichnet ist (RG. 14 XII 01 JW. 02 96 [31]). Ist vereinbart, daß ein Gesellschafter keinen Beitrag (BGB. §§ 705, 706) zu leisten hat, aber dennoch am Gewinn teilnehmen soll, oder ist vereinbart, daß ein Gesellschafter zwar am Verlust, nicht aber am Gewinn teilnehmen soll, so ist der Vertrag kein Gesellschaftsvertrag

(Mot. z. Entw. I BGB. 2 594) vielmehr ein Vertrag anderer Art, im ersteren der beiden Fälle z. B. eine bedingte Schenkung. Kein Gesellschaftsvertrag ist ein Vertrag, der in erster Reihe die Festsetzung einer Leibrente für einen der Vertragschließenden bezweckt (RG. **20** 165; vgl. § 134 Anm. II). Zulässig dagegen innerhalb des Rahmens eines Gesellschaftsvertrages ist die Vereinbarung, daß ein beitragender Gesellschafter zwar am Gewinn, nicht aber am Verlust teilnehmen soll (§ 336 Abs. 2, RG. **31** 35, RG. 9 XII 02 JW. Beilage **03** 17[31]).

γ. Offene Handelsgesellschafts-Vertrag. Ist ein Gesellschaftsvertrag geschlossen, ohne daß die Merkmale der oHG. (unten Anm. II, III) vorliegen, so besteht zwar eine Gesellschaft, aber nicht eine offene Handelsgesellschaft. — Auch bezüglich einer Gesellschaft, die nicht offene Handelsgesellschaft, ist ein etwaiger Wille der Gesellschafter zu beachten, daß für das innere Verhältnis der Gesellschafter die Regeln der offenen Handelsgesellschaft ganz oder teilweise Anwendung finden sollen (ROH. 2 424, RG. **50** 157).

2. **Nicht auf Vertrag beruhende Gemeinschaften.** Eine solche Gemeinschaft ist keine Gesellschaft, mithin auch keine offene Handelsgesellschaft. So nicht z. B. die Gemeinschaft zwischen Miterben und eine fortgesetzte Gütergemeinschaft (ROH. **11** 102, **23** 167, RG. **10** 102, **16** 340, **35** 19, KGJ. **15** 7, KG. 8 VII 01 EntschFG. 2 180 KGJ. **22** A 282 OLGRspr. **3** 409). Hierfür gelten die allgemeinen Vorschriften des BGB. §§ 741 ff. über Gemeinschaften und die besonderen Vorschriften für einzelne Arten von Gemeinschaften, so für die Gemeinschaft der Miterben BGB. §§ 2032 ff., KO. § 16 Abs. 2, für die fortgesetzte Gütergemeinschaft BGB. §§ 1483 ff., für die allgemeine Gütergemeinschaft BGB. §§ 1437 ff., für die Errungenschaftsgemeinschaft BGB. §§ 1519 ff., für die Fahrnisgemeinschaft BGB. §§ 1549 ff. Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß die Gemeinschafter durch besonderen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Vertrag eine offene Handelsgesellschaft begründen und dann als offene Handelsgesellschafter das gemeinsame Geschäft fortsetzen können (OLG. Stuttgart 13 VI 89 ZHR. **40** 457, ROH. **11** 102, RG. **10** 103, KG. 8 VII 01 EntschFG. 2 180 KGJ. **22** A 283 OLGRspr. **3** 409). Dafür, daß dies beabsichtigt sei, ist nicht schon eine etwa erfolgte Übertragung der Firma in das Gesellschaftsregister unbedingt entscheidend (§ 105 Anm. Ik). Andererseits kann eine solche (rückwirkende) Erklärung liegen in der Übertragung der Gesellschaftsanteile seitens der Erben eines verstorbenen Gesellschafters an den Mitgesellschafter (Bolze **11** Nr. 264). Führt ein Miterbe allein das Geschäft fort, und geben die übrigen Miterben zu erkennen, daß sie dem ersteren die Fortführung überlassen wollen ohne ihrerseits Ansprüche auf Gewinn zu erheben, so liegt hierin im Zweifel eine Übertragung des Geschäfts an den fortführenden Miterben und Fortführung durch letzteren als Einzelkaufmann (Bolze **23** Nr. 303). Eine stillschweigende Vertragschließung kann nicht angenommen werden, wenn der eine Gemeinschafter geschäftsunfähig ist und der andere Gemeinschafter ihn zwar vertritt, aber durch BGB. § 181 oder mangelnde Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verhindert ist, mit ihm vertragzuschließen (KG. 8 VII 01 EntschFG. 2 180 KGJ. **22** A 283 OLGRspr. **3** 409, 19 IV 04 ZHR. **56** 241), es sei denn, daß nach erlangter Geschäftsfähigkeit eine ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung erfolgt (OLG. Posen 26 II 03 OLGRspr. **6** 351). — Erbengemeinschaften, die ein Handelsgewerbe betreiben, können als solche in das Handelsregister eingetragen werden und werden hierdurch nicht zu offenen Handelsgesellschaften (RG. **16** 340, **35** 18, KGJ. **15** 7, KG. 8 VII 01 EntschFG. 2 181 KGJ. **22** A 284 OLGRspr. **3** 410, 2 IV 02 OLGRspr. **4** 455; vgl. entsprechend für nichtrechtsfähige Vereine und gemeinbürgerliche Gesellschaften § 33 Anm. II, § 105 Anm. Ik). Sie können die Firma des Erblassers fortführen, und die erfolgte Änderung des Firmeninhabers ist eintragungspflichtig (KG. 19 IV 04 ZHR. **56** 242). Auch eine fortgesetzte Gütergemeinschaft kann eingetragen werden (vgl. KG. 6 VII 03 KGJ. **26** A 220). Der Registerrichter kann eine handeltreibende Erbengemeinschaft nicht zwingen, sich in eine oHG. umzuwandeln (§ 6 Anm. I a 14, KG. 19 IV 04 ZHR. **56** 241). — Arbeiten Eheleute gemeinsam in einem Erwerbsgeschäft, so ist Tatfrage, ob sie dies als offene Gesellschafter tun, oder ob vielmehr nur der eine von ihnen Geschäftsherr, der andere Handlungsgehilfe oder frei-

williger Helfer ist. Entscheidend ist, ob sie — ausdrücklich oder stillschweigend — einen Gesellschaftsvertrag geschlossen haben. Auch bei allgemeiner Gütergemeinschaft der zusammen arbeitenden Eheleute spricht nicht (was Gildemeister ZHR. 54 110 annimmt) eine Vermutung für die Absicht der Errichtung einer oHG. Für die Fortführung einer oHG. zwischen den überlebenden Gesellschaftern und den Erben eines verstorbenen Gesellschafters gelten die Bestimmungen der §§ 137, 139 HGB. Über die Wirkung der Fortführung des Geschäfts unter der Firma auf die Haftung der Erben für frühere Geschäftsverbindlichkeiten vgl. § 27.

3. **Form.** Eine bestimmte Form des Vertrages ist nicht vorgeschrieben. Da das BGB. die Formfreiheit der Verträge voraussetzt, so kann auch der Gesellschaftsvertrag formlos zu stande kommen, mithin auch stillschweigend durch schlüssige Handlungen. Nur wenn der Gegenstand der von einem Gesellschafter übernommenen Leistung derart ist, daß die Übernahme derartiger Leistungen eine besondere Form erfordert, kommen auch für den Gesellschaftsvertrag die betreffenden Formvorschriften in Betracht (§ 350 Anm. II). So bei der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung oder Nießbrauchsbelastung eines Vermögensbruchteils (BGB. § 311, RG. 12 X 04 angeführt JW. 05 74) oder zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück (BGB. § 313, D. 81, 195). Zu sondern von der Frage, welche Form der Gesellschaftsvertrag erfordert, ist die weitere Frage, ob etwa für die Ausführung der im Vertrag übernommenen Verpflichtungen noch besondere Formen erforderlich sind (z. B. bei Einräumung dinglicher Rechte). Dies regelt sich nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB. (RG. 13 4). — Über die Form der Verträge betreffend Erwerb oder Veräußerung eines Handelsgeschäfts vgl. § 22 Anm. I a 3.

4. **Vertrag das einzige Erfordernis.** Die Gesellschaft besteht, sobald der Vertrag geschlossen ist — es sei denn, daß der Vertrag eine Befristung oder aufschiebende Bedingung enthält. Die Betätigung des Vertrages nach außen braucht nicht hinzuzukommen (ebenso CosackHR. § 106 II. Über die im Verhältnis zu Dritten eintretende Wirkung solcher Betätigung vgl. § 123.

e. **Gesellschafter.**

1. **Verein oder Gesellschaft als Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft.** Literatur zusammengestellt von Eltzbacher in ZHR. 45 41 Anm. Vgl. ferner für Zulässigkeit Pappenheim in ZHR. 46 412 und CosackHR. § 106 V; dagegen RG. 36 139, Lehmann Nr. 4. Weder das BGB. noch das HGB. enthalten eine ausdrückliche Vorschrift darüber, wer Gesellschafter einer Gesellschaft, insbesondere einer offenen Handelsgesellschaft werden könne.

Nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen können Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft sein, denn wenn in diesem Fall gegen alle Regel den juristischen Personen weniger Rechte zustehen sollten als natürlichen Personen, so müßte dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt sein.

Das OLG. Hamburg 19 XII 90 ZHR. 40 457 stellt in Abrede, daß auch juristische Personen Gesellschafter sein können. Der eine auf das Wort „Personen" in ADH. Art. 85 gestützte Grund ist spätestens hinfällig geworden durch die anderweite Fassung des jetzigen § 105; die Behauptung, daß § 106 Abs. 2 Nr. 1 entgegenstehe (vgl. KG. 11 XI 01 EntschFG. 3 15), erledigt sich dadurch, daß diese Bestimmung entsprechend anzuwenden wäre, ebenso wie z. B. (§ 33 Anm. I c 1) die Vorschriften des § 18 über die Firma des Einzelkaufmanns nur entsprechend auf die Firma einer juristischen Person anwendbar sind. Das RG. 36 140 läßt dahingestellt, ob juristische Personen Gesellschafter sein können. Allerdings können für AG., KAG. und GmbH. Satzungsänderungen erforderlich sein, denn die Beteiligung an einer fremden Gesellschaft wird in der Regel eine Änderung des als Eigenbetrieb gedachten „Gegenstandes des Unternehmens" enthalten. Dagegen kommt die Frage der Zulässigkeit doppelter Firmenführung (§ 17 Anm. III c) nicht in Betracht (ebenso Lehmann Nr. 3; dagegen RG. 36 140, Staub Anm. 19, Goldmann Nr. 21), denn es sollen gar nicht zwei Firmen für eine Gesellschaft, sondern nur eine Firma für die umschlossene und eine andere für die umschließende Gesellschaft geführt werden, wenn auch allerdings die umschlossene Gesellschaft, falls geschäftsführend, ermächtigt ist, namens der umschließenden Gesellschaft unter deren Firma zu handeln. Man

wird doch auch nicht in Abrede stellen wollen, daß z. B. eine offene Handelsgesellschaft durch ihre vertretungsermächtigten Gesellschafter in einem Einzelfall kraft besonderen Auftrages einer dritten Firma für letztere mit deren Firma unterzeichnen darf; ob durch diese Zeichnung mittelbar auch eine Haftung der die Zeichnung tatsächlich bewirkenden Gesellschaft eintritt, z. B. weil letztere ein für allemal eine Bürgschaft übernommen hat, ist unerheblich.

Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft können daher jedenfalls solche Handelsgesellschaften sein, welche juristische Persönlichkeit besitzen — unter Beobachtung der für die betreffende Gesellschaftsform etwa gegebenen besonderen Formvorschriften. Bezüglich der AG. ebenso Moll in HoldheimsMSchr. 04 150; dagegen Staub Anm. 19, Lehmann Recht d. AG. 1 255 Anm. 7, Goldmann Nr. 21, Plenarurteil d. kgl. Tafel Raab in HoldheimsMSchr. 98 103; dagegen auch Lehmann Kommentar Nr. 3 jedenfalls dann, wenn der Mitgesellschafter Vertretungsmacht hat. Beispiel einer AG. als Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft in KG. 6 VII 03 KGJ. 26 A 220.

Kein genügender Grund aber liegt vor, die gleiche Möglichkeit, Gesellschafter einer Gesellschaft zu sein, bezüglich anderer rechtsfähiger und organisierter Gesamtheiten, insbesondere der oHG. und der KG., zu verneinen (dagegen RG. 36 140, Staub Anm. 19, Lehmann Nr. 4, Goldmann Nr. 22). Der § 124 HGB. bestimmt ohne Beschränkung, daß die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen könne. Eine Ausnahme bezüglich des Rechtserwerbs und der Verbindlichmachung durch Gesellschaftsverträge ist nicht aufgenommen. Der aus der angeblichen Unzulässigkeit der Führung verschiedener Firmen durch eine Gesellschaft hergenommene Gegengrund erscheint nicht durchschlagend, da gar keine Führung mehrerer Firmen für dieselbe Gesellschaft vorliegt (s. oben), und da, wenn sie vorläge, sie nicht als unzulässig anzusehen ist (§ 17 Anm. III c 3). Daß die Rechtsverhältnisse bei Zulassung einer derartigen Form der Vergesellschaftung verwickelt werden können, ist richtig, aber kein Grund, ohne ausdrückliches gesetzliches Verbot eine Gestaltung auszuschließen, für die sich im Leben ein Bedürfnis zeigt. Folgerichtig würde die gegenteilige Ansicht z. B. dazu führen, daß es auch für unzulässig erachtet werden müßte, daß eine offene Handelsgesellschaft durch Aktienerwerb Aktionär wird. Vollends nicht haltbar, wenigstens nicht für das neue Recht, erscheint die (auf Grund des früheren Rechts geäußerte) Ansicht des RG. 36 141, daß eine Gesellschaft, deren Gesellschafter eine oHG. ist, zwar keine offene Handelsgesellschaft, aber eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sei. Es ist nicht ersichtlich, wie begründet werden soll, daß eine Gesamtheit zwar Gesellschafter einer gewöhnlichen Gesellschaft, aber nicht Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft werden könne.

Daß eine offene Handelsgesellschaft als solche haftender Gesellschafter einer stillen Gesellschaft sein kann, ist anerkannt in RG. 30 35. Daß sie persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft sein könne, ist angenommen in KGJ. 2 21; dagegen KGJ. 11 20. Daß sie Genosse einer Eingetragenen Genossenschaft sein kann, ist anerkannt KGJ. 14 54. Daß eine Eingetragene Genossenschaft Genosse einer anderen Eingetragenen Genossenschaft sein kann, ist anerkannt in GenG. § 9 Abs. 2. Daß eine fortgesetzte Gütergemeinschaft Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, ist nicht beanstandet KG. 6 VII 03 KGJ. 26 A 220.

2. **Mehrere Gesellschaften derselben Gesellschafter.** Während der Einzelkaufmann immer nur eine Vermögensmasse haben kann (§ 17 Anm. III c 3), ist es möglich, daß dieselben Personen verschiedene selbständige Gesellschaften bilden (ROH. 24 156, RG. 16 17, 32 34, 43 82, 47 157, KG. 31 X 04 KGJ. 28 A 253). Ob letzteres der Fall ist dann Tatfrage und namentlich daraus zu entnehmen, ob tatsächlich verschiedene selbständige Geschäftsbetriebe vorgelegen haben. Entscheidend ist die Art und Weise, wie die Gesellschaften nach außen hin, dem Publikum gegenüber, ins Leben getreten sind und ihre Geschäfte betrieben haben (RG. 16 18). So wurde Verschiedenheit der Gesellschaften angenommen bei Betrieben auf örtlich oder anderweit unterschiedenen Gebieten unter verschiedenen Firmen (RG. 43 82) trotz Ziehung einer gemeinschaftlichen Bilanz (OLG.

Hamburg 30 IX 89 ZHR. 40 456, vgl. § 17 Anm. IIIc 3β); dagegen Einheit der Gesellschaften, trotzdem die Geschäfte der an verschiedenen Orten aber unter gleicher Firma betriebenen Niederlassungen in bezug auf Buchführung, Kasse, Schriftwechsel als für sich bestehende kaufmännische Betriebe behandelt wurden (OLG. Hamburg 11 VI 90 ZHR. 40 458). Werden verschiedene Firmen geführt (z. B. in den Fällen bei Bolze 19 Nr. 626 und RG. 47 157), so wird in der Regel anzunehmen sein, daß die Begründung verschiedener Gesellschaften beabsichtigt und nach außen kundgegeben ist; anders z. B., wenn am Kopf der Briefbogen beide Firmen untereinandergestellt sind (ROH. 15 175, 24 165), oder wenn die eine Firma nur von der anderen gekauft ist und fortgeführt wird. Die Gleichheit der Firmen bei Geschäftsbetrieben an verschiedenen Orten bietet dagegen allein noch keinen Anhalt für die Annahme einer Einheit der Gesellschaften (RG. 16 18, KGJ. 15 14). Bilden dieselben Personen mehrere offene Handelsgesellschaften oder Kommanditgesellschaften, so können die Gläubiger der einen nicht das Gesellschaftsvermögen der anderen in Anspruch nehmen (D. 90, § 124 Abs. 2; vgl. RG. 43 82). Vielmehr haftet den Gläubigern der einen Gesellschaft an erster Stelle nur das Gesellschaftsvermögen der betreffenden Gesellschaft und kann getrennter Gegenstand der Zwangsvollstreckung und des Konkurses für die Gläubiger dieser Gesellschaft sein (RG. 47 157). Die mehreren Gesellschaften sind, wenn auch nicht verschiedene Rechtspersönlichkeiten (oben Anm. Ic), doch getrennte Träger des Schuldverhältnisses (RG. 47 157). Daher ist gültig der von der einen Gesellschaft an Order der anderen ausgestellte eigene Wechsel (RG. 47 157).

3. **Kaufmannseigenschaft des offenen Gesellschafters?** Ob der offene Gesellschafter als solcher Kaufmann ist, vgl. § 1 Anm. IVd 3. Die Eigenschaft nur eines der Gesellschafter als Innungsmitglied begründet nicht die Versicherungspflicht der Arbeiter der Gesellschaft bei der Innungskrankenkasse nach KrankVersG. § 73 (RG. 50 2).

4. **Beschränkt Geschäftsfähiger und Geschäftsunfähiger.** Über Schließung eines Gesellschaftsvertrages durch einen beschränkt Geschäftsfähigen oder namens eines Geschäftsunfähigen vgl. § 1 Anm. VI. Eintretende Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters ist in der Regel ein wichtiger Grund zum Antrag auf Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliche Entscheidung (§ 131 Anm. Id).

5. **Kauffrau.** Vgl. § 1 Anm. VII.

f. **Beschränkte Übertragbarkeit der Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis.**

1. **Vorschriften des BGB. und der CPO.**

BGB. § 717: „Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zustehen, sind nicht übertragbar. Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt."

CPO. § 851 Abs. 1: „Eine Forderung ist in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist."

Der § 717 BGB. betrifft die Forderungen aus dem Gesellschaftsverhältnis, während der § 719 BGB. (unten Anm. Ig) das Eigentum an den Gesellschaftssachen behandelt. Der § 717 erklärt nur den übrigen Gesellschaftern gegenüber die Anspruchsübertragung für in der Regel unwirksam (verbietet daher nicht eine Übertragung mit Einwilligung der übrigen Gesellschafter); der § 719 erklärt die Verfügung über einen Eigentumsanteil für nichtig („kann nicht") selbst bei Zustimmung der übrigen Gesellschafter. (Die Verfügung über einen „Anteil" wird aber häufig als beabsichtigte Verfügung über alle Ansprüche ausgelegt werden können; s. unten zu 3.) Wenn der § 717 BGB. mit Rücksicht auf die Verhältnisse bei der Gesellschaft des § 705 BGB. nur von Ansprüchen der Gesellschafter „gegen einander" spricht, so sind bei Anwendung dieser Bestimmung auf die offene Handelsgesellschaft auch die Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft mitbegriffen. — Über Pfändung der Ansprüche vgl. HGB. § 135.

2. **Übertragung einzelner Ansprüche** aus dem Gesellschaftsverhältnis. Werden die Ansprüche

auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, abgetreten, so erhält der Abtretungsempfänger hierdurch gegenüber den übrigen Gesellschaftern nicht das Recht, bei Feststellung der Höhe jener Ansprüche mitzuwirken und Rechnungslegung hierüber zu fordern (Str. 83 129, RG. 52 36); sein Recht gegenüber den übrigen Gesellschaftern beschränkt sich darauf, die Auszahlung dessen fordern zu können, was unter Mitwirkung des abtretenden Gesellschafters als dessen Anspruch der Höhe nach festgestellt ist. Abtretbar erscheint auch das Recht auf vereinbarte oder gesetzliche Entnahmen (ebenso Staub Exk. zu § 122 Anm. 23 mit Beschränkung auf die nach § 122 unbedingt entnehmbaren 4%; dagegen Cosack HR. § 108 V 1 e, Goldmann § 109 Nr. 30), denn dies ist, gleich dem Recht auf den Gewinnanteil, ein unentziehbares Gläubigerrecht; die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, daß ein Gesellschafter durch Vereinbarung hoher Entnahmen alle seine Bezüge aus der Gesellschaft unpfändbar machen könnte. Nicht abtretbar dagegen mit Wirkung gegenüber den anderen Gesellschaftern ist z. B. der Anspruch auf Vorlegung der Bilanz (RG. 12 V 02 JW. 397 [31], Holdheims MSchr. 202). Soweit abtretbare Ansprüche vor Fälligkeit abgetreten werden, gilt Entsprechendes wie bei Übertragung eines Gewinnanteilscheins der AG. vor Feststellung des Reingewinns (§ 213 Anm. IIc 4). — Tritt ein Gesellschafter in anderen als den durch BGB. § 717 zugelassenen Ausnahmefällen einseitig einem Dritten Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis ab, so ist die Abtretung nur gegenüber den übrigen Gesellschaftern und der Gesellschaft unwirksam, nicht aber nichtig (vgl. BGB. § 135); zwischen dem Abtreter und dem Abtretungsempfänger bleibt das eingegangene Verpflichtungsverhältnis bestehen. Der Abtretungsempfänger kann jedoch auch dem Abtreter gegenüber nicht fordern, daß dieser ihm die Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft in einem Umfang zugänglich mache, daß hierdurch die dem Abtreter gegenüber der Gesellschaft obliegende Pflicht der Geheimhaltung verletzt werden würde (ROH. 23 121). ADH. Art. 98 Abs. 2 lautete: „Wenn ein Gesellschafter einseitig einen Dritten an seinem Anteile beteiligt oder seinen Anteil an denselben abtritt, so erlangt dieser gegen die Gesellschaft unmittelbar keine Rechte; er ist insbesondere zur Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft nicht berechtigt.“ Dies ist nicht ausdrücklich in das HGB. übernommen, bleibt indessen auch künftig zutreffend. — Wird ein „Anteil am Gesellschaftsvermögen“ oder ein „Gesellschaftsanteil“ übertragen, so kann dies nicht als Übertragung eines Sachenrechts aufgefaßt werden (unten Anm. Ig 2), wird vielmehr je nach dem Parteiwillen auszulegen sein entweder als (einseitig zulässige) Übertragung des Forderungsrechts auf dasjenige was dem Übertragenden bei der Auseinandersetzung zukommt, oder dieses Anspruchs und außerdem des Anspruchs auf den Gewinnanteil, mitunter endlich (Bolze 20 Nr. 356) nur als Abtretung des Anspruchs auf den Gewinnanteil; nur ausnahmsweise (so faßt Staub Exk. zu § 122 Anm. 28 den Begriff) als eine (nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter zulässige, Anm. If 3) Übertragung aller Ansprüche und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag. Jedenfalls kommen für derartige Übertragungen die Regeln über Abtretungen entsprechend zur Anwendung (BGB. § 413), nicht die Regeln über die Übertragung des Eigentums an Sachen (RG. 18 43). Auch für die preußische Stempelsteuer bei Beurkundung einer solchen Übertragung macht es keinen Unterschied, ob zu dem übertragenen Gesellschaftsvermögen unbewegliche Sachen gehören oder nicht (Preuß. G. 31 VII 95 Tarif Nr. 2, 25d Abs. 1; vgl. RG. 24 IX 83 Gruchot 28 249, RG. 25 256).

3. **Übertragung aller Ansprüche und Verbindlichkeiten** aus dem Gesellschaftsverhältnis. In einer solchen Übertragung liegt die Vereinbarung über den Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft (in der Regel unter gleichzeitigem Ausscheiden eines bisherigen Gesellschafters). Der Eintritt eines neuen offenen Gesellschafters — ebenso eines Kommanditisten (RG. 52 162) und eines stillen (ROH. 13 64; dagegen Staub § 335 Anm. 25) — in die Gesellschaft setzt aber den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages voraus (D. 82), auch wenn dieser Eintritt nur erfolgt, indem der Neueintretende die Rechte und Pflichten eines anderen, ausscheidenden Gesellschafters übernimmt. Die mithin erforderliche Zu-

stimmung (vorherige Einwilligung oder nachträgliche Genehmigung) zur Abtretung aller Rechte und Pflichten aus einem Gesellschaftsverhältnis seitens eines Gesellschafters an einen Dritten kann von den übrigen Gesellschaftern auch allgemein, ohne Kenntnis der Person des Dritten (Str. **66** 317, RG. **18** 44; ebenso Goldmann § 109 Nr. 23; a. M. Behrend; einschränkend Staub Erl. zu § 122 Anm. 29; vgl. BGB. § 183) erteilt werden. Es genügt, wenn die Zustimmung entweder gegenüber dem Abtreter oder gegenüber dem Abtretungsempfänger erklärt ist (BGB. § 182 Abs. 1; vgl. ROH. **17** 354). Die Zustimmung kann auch auf einer vertraglichen oder durch Erbschaftsantritt maßgebend gewordenen letztwillig verfügten Bindung beruhen (unten Anm. I i). Hat A zugestimmt, daß sein Gesellschafter B den C unter bestimmten Bedingungen in die Gesellschaft aufnehme, so wird C Gesellschafter durch den unter Einhaltung jener Bedingungen zwischen B und C abgeschlossenen Vertrag (RG. 19 XII **04** HoldheimsMSchr. **05** 164).

g. Gesellschaftsvermögen.

1. Vorschriften des BGB. und der CPO.

BGB. § 718: „Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen).

Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird."

BGB. § 719: „Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen.

Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen."

BGB. § 720: „Die Zugehörigkeit einer nach § 718 Abs. 1 erworbenen Forderung zum Gesellschaftsvermögen hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt; die Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung."

CPO. § 859 Abs. 1 (im Teil „Zwangsvollstreckungen in Forderungen und andere Vermögensrechte"): „Der Anteil eines Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingegangenen Gesellschaft ist der Pfändung unterworfen. Der Anteil eines Gesellschafters an den einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen ist der Pfändung nicht unterworfen."

Die in § 859 Abs. 1 Satz 1 CPO. enthaltene Beschränkung auf eine „nach § 705 BGB. eingegangene Gesellschaft" soll anscheinend die offene Handelsgesellschaft ausschließen (vgl. die entsprechende Redewendung in CPO. § 736, abgedruckt § 124 Anm. II c 6, und in KO. § 28, abgedruckt § 131 Anm. I e). In der Tat kann — gleichgültig, was man für die Gesellschaft des BGB. annehmen mag (vgl. RG. **57** 415) — jedenfalls bei der offenen Handelsgesellschaft nicht von einem Sachenrecht an dem Gesellschaftsanteil die Rede sein (unten zu 2). Das HGB. erwähnt daher überhaupt nicht die Möglichkeit einer Pfändung des Anteils. Während BGB. § 725 Abs. 1 von „Pfändung des Anteils des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen" handelt (und hierein — wie es scheint — nach BGB. § 725 Abs. 2 den „Anspruch auf einen Gewinnanteil" einschließt), erwähnt der entsprechende § 135 HGB. nur die „Pfändung des Anspruchs auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt". Es ist anzunehmen, daß dies auf Grund der zutreffenden Erwägung geschehen ist, daß bei der offenen Handelsgesellschaft ein „Anteil des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen" überhaupt nicht in anderem Sinn vorkommen kann (oben Anm. I f 2) als wenn darunter verstanden wird: 1. der Anspruch auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt; und 2. der Anspruch auf einen Gewinnanteil während bestehender Gesellschaft. Beides ist aber schon gemäß BGB. § 717 einseitig übertragbar, mithin auch unbeschränkt pfändbar.

Aus demselben Grund ist aber für die offene Handelsgesellschaft unanwendbar derjenige

Teil des § 719 BGB., der bestimmt, daß ein Gesellschafter über seinen **Anteil** an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen **nicht** verfügen könne. Ein solcher „Anteil“, als *Sachenrecht* gedacht, besteht bei **der offenen Handels**gesellschaft überhaupt nicht (unten zu 2); infolgedessen ist es *selbstverständlich*, daß darüber nicht verfügt werden kann. Für die auf dem Gesellschaftsverhältnis **beruhenden** *Forderungsrechte* ist aber BGB. § 717 maßgebend.

Zu beachten ist ferner, daß die in BGB. § 718 gegebene **Begriffsbestimmung des „Gesellschaftsvermögens“** als „gemeinschaftlichen Vermögens *der Gesellschafter*“ **nicht** etwa ohne weiteres auch für die offene Handelsgesellschaft gilt. **Wesentliche Folgerungen aus** jener Anschauungsweise sind für die offene Handelsgesellschaft gerade *ausgeschlossen* (§ 105 Abs. 2: es ist „ein anderes vorgeschrieben“), so insbesondere die (für das **„Gesellschafts**vermögen“ des BGB. in CPO. § 736 bestimmte) Zwangsvollstreckung aus einem gegen die Gesellschafter ergangenen Urteil (§ 124 Anm. II c 6) und die (für die **Gesellschaft des BGB.** bestehende) Vermischung des Gesellschaftskonkurses mit den Privatkonkursen (§ 124 **Anm.** II d). Für die offene Handelsgesellschaft ist daher der Begriff des **Gesellschaftsvermögens** *selbständig* zu bestimmen mit Rücksicht auf die eigene Rechtsfähigkeit der offenen **Handels**gesellschaft (§ 124 Anm. I a), die sie von der Gesellschaft des **BGB. unterscheidet** (dagegen Lehmann S. 218 Fußnote 1). Zutreffend (vgl. jedoch RG. 18 VI 01 JW. 576 [12]) ist die Bezeichnung „Vermögen der *Gesellschaft*“ (nicht der *Gesellschafter*) **als gleichbedeutend** mit „Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft“ gebraucht in § 155 (Abs. 1 verglichen mit Abs. 3). Ebenso ist das „Gesellschaftsvermögen“ der Aktiengesellschaft (§ 185) ein anderer, selbständig zu bestimmender Begriff (§ 178 Anm. I c).

2. **Anteile am Gesellschaftsvermögen.** *Dies ist im BGB. und in der CPO. ein im wesentlichen* **sachen***rechtlicher Begriff* (= Miteigentum bzw. Mitberechtigung am Inbegriff zu unbestimmten Anteilen). Die Anschauung, daß die zum **Gesellschaftsvermögen** gehörenden Gegenstände nach dem Verhältnis der Kapitalkonten im Miteigentum **der Gesellschafter** stehen, beruht auf irriger Auffassung der Bedeutung der **Kapitalkonten; dies** ergibt sich, wenn man das Vorhandensein eines Passivsaldos in Betracht zieht (D. 87; **ausführlich** und zutreffend auseinandergesetzt bei Staub [5] Art. 91 § 6, Art. 106 § 5; **über** die Bedeutung der Kapitalkonten § 120 Anm. II). Willkürlich ist auch die **Annahme** Cosacks (HR. [6] § 107 III 1 b), die Anteile der Gesellschafter am „aktiven **Gesellschaftsvermögen**“ ständen im gleichen Verhältnis zueinander wie ihre Anteile am Gesellschafts*gewinn* (RG. **30** 153); bei der von Cosack angegebenen Berechnungsart, die zu diesem Ergebnis führen soll, ist das Gesuchte vorausgesetzt. Nach BGB. § 178 sind überhaupt während *bestehender Gesellschaft keine in bestimmten Bruchteilen anzugebende* **Anteile** der einzelnen Gesellschafter vorhanden (RG. **9** 144, **25** 256, **30** 152, **45** 223, **56** 100, RG. 14 X 98 JW. 609 [30]). Für die *offene Handelsgesellschaft* muß aber (im **Gegensatz** zur herrschenden Meinung) weitergehend angenommen werden, daß der Anteil am **Gesellschafts**vermögen überhaupt kein *sachenrechtlicher* Begriff ist, vielmehr ein **forderungs**rechtlicher (ebenso jetzt RG. **56** 100 „Anspruch auf eine dem Wert des Anteils entsprechende Geldsumme“, RG. 17 II 02 EntschFG. **3** 98 KGJ. 24 A 111, vgl. auch RG. **54** 280, **56** 433; dagegen RG. **56** 208, Staub Exk. zu § 122 Anm. 12, Lehmann S. 219), der gleichbedeutend ist mit dem „Anspruch auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt“. Dies ergibt sich aus der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens bei der offenen Handelsgesellschaft (Anm. I g 1, 3). Hiermit in Übereinstimmung steht die aus der **Vergleichung** von HGB. § 135 mit BGB. § 725 Abs. 1 zu ziehende Folgerung (oben zu 1), die Anerkennung, daß die Übertragung des Gesellschaftsanteils nur nach den Regeln der *Forderungs*übertragung behandelt werden kann (RG., angeführt oben Anm. I f 2), die Entbehrlichkeit der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts zu Verfügungen des Vormunds eines minderjährigen Gesellschafters über dessen Anteil an dem ein Grundstück enthaltenden Gesellschaftsvermögen (RG., angeführt unten zu 3), die **Annahme eines** Eigentumswechsels bei der Einlegung des den Gesellschaftern gemeinsamen Grundstücks in die Gesellschaft und bei Verteilung von Gesellschaftsvermögen unter die Gesellschafter (neuere im

Gegensatz zu früherer Rechtsprechung des RG. und KG., angeführt § 124 Anm. II b), die Erwähnung des „beweglichen Vermögens des Gesellschafters" in § 135 als nicht einen etwaigen unbestimmten Anteil an dem Vermögen der Gesellschaft einschließend (§ 135 Anm. I d), die Voraussetzung in § 140 Abs. 2, daß bei Ausscheiden eines Gesellschafters die Auseinandersetzung (über seinen „Anteil am Gesellschaftsvermögen") mit der Gesellschaft (nicht, wie nach BGB. §§ 738—740, mit den übrigen Gesellschaftern) stattzufinden hat (§ 138 Anm. IV). Mit dem Ausdruck „Anteil am Gesellschaftsvermögen" werden mitunter auch andere (forderungsrechtliche) Bedeutungen als die hier entwickelte verbunden (oben Anm. I f 2). — Der Anspruch aus der Geschäftsführung ist auch nach dem BGB. nicht Teil des „Anteils am Gesellschaftsvermögen" (BGB. § 717 verglichen mit BGB. § 725). — Wegen der beschränkten Übertragbarkeit der Ansprüche der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis vgl. oben Anm. I f.

3. **Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens.** Die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens (RG. 45 342) auch gegenüber sonstigen gemeinschaftlich allen Gesellschaftern zustehenden Sachen oder Rechten folgt aus der in den §§ 718, 719 BGB. liegenden Anerkennung eines Eigentums zur gesamten Hand (D. 90) und aus den Vorschriften der §§ 124, 129 HGB. Die Gesellschafter sind daher nicht Eigentümer der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände (ebenso RG. 54 280; dagegen RG. 18 VI 01 JW. 576 [12]), und zwar weder Bruchteileigentümer (RG. 54 280, 432), noch Gesamteigentümer (oben zu 2). Die vom Vormund namens minderjähriger Rechtsnachfolger eines Gesellschafters vorgenommene Verfügung über das ein Grundstück umfassende Gesellschaftsvermögen bedarf daher trotz BGB. § 1821 nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (RG. 54 280). In der Einlegung eines im Miteigentum der Gesellschafter stehenden Vermögensstücks in die Gesellschaft und in der Verteilung von Gesellschaftssachen unter die Gesellschafter liegt ein Wechsel des Eigentümers (§ 124 Anm. II b). Die einzelnen Gesellschafter sind nicht Vertragspartei bezüglich der von der Gesellschaft geschlossenen Verträge (RG. 13 XII 01 JW. 02 78 [10]). Mehrere Gesellschaften der gleichen Gesellschafter sind getrennte Träger des gegenüber Dritten bestehenden Schuldverhältnisses (RG. 47 157). Aber auch im inneren Verhältnis sind sie getrennte Träger des Rechts; daher enthält die Übertragung des der einen dieser Gesellschaften gehörenden Vermögensgegenstandes an die andere dieser Gesellschaften einen Eigentumswechsel (§ 124 Anm. II b). Aus gleichem Grund sind Schuldner einer Gesellschaftsschuld (außer den Gesellschaftern mit ihrem Privatvermögen) nicht (was RG. 49 343 annimmt) die „Gesellschafter mit ihrem Gesellschaftsvermögen", sondern die „Gesellschaft", wobei unter „Gesellschaft" allerdings keine juristische Person, sondern die selbständig rechtsfähige Gesamthandgemeinschaft (oben Anm. I c) verstanden ist. Die Annahme des RG. 54 280, daß eine Sache auch dann zum Gesellschaftsvermögen gehören könne, wenn sie nicht in das Eigentum der Gesellschaft übergegangen, sondern „nur dem Wert nach dem Gesellschaftsvermögen einverleibt wird", was sich schon durch Schaffung forderungsrechtlicher Beziehungen bewirken lasse, erscheint nicht zutreffend: in solchem Fall gehört nicht die Sache, sondern das auf Übertragung oder Verschaffung des Nießbrauchs gerichtete Forderungsrecht zum Gesellschaftsvermögen (ebenso RG. 54 319). Teil des Gesellschaftsvermögens sind z. B. die Forderungsrechte auf Bewirkung der versprochenen Einlagen (RG. 54 300, 319). — Hat die Gesellschaft gemietet, so erstreckt sich das Pfandrecht des Vermieters nur auf die zum Gesellschaftsvermögen, nicht auch auf die zum Privatvermögen eines Gesellschafters gehörenden eingebrachten Sachen (BGB. § 559, ROH. 21 129). Auch nach Auflösung der Gesellschaft behält das bisherige Gesellschaftsvermögen seine Selbständigkeit, sogar im Verhältnis gegenüber den bisherigen Gesellschaftern (RG. 32 256, 54 281). — Über Veräußerung des Vermögens einer oHG. als Ganzes vgl. § 22 Anm. I a 3. Über die Unanwendbarkeit der Begriffsbestimmung des Gesellschaftsvermögens in BGB. § 718 auf die oHG. vgl. oben zu 1.

4. **Ausschluß der Aufrechnung mit Schuld oder Forderung einzelner Gesellschafter.**

α. Forderung der Gesellschaft an einen Dritten, Schuld eines Gesellschafters an ihn. Der von der Gesellschaft in Anspruch genommene Dritte kann nicht mit der ihm gegenüber bestehenden Schuld eines Gesellschafters aufrechnen (BGB. § 719 Abs. 2 abgedruckt oben zu 1; D. 90). — Der von dem Dritten in Anspruch

genommene Gesellschafter kann gleichfalls nicht (kraft eigenen Rechts) mit der Gesellschaftsforderung aufrechnen. Auch nicht mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter, solange nicht die Gesellschaftsforderung ihm abgetreten ist (OLG. Dresden 10 X 02 OLGRspr. 6 25). Gründet sich jedoch der geltend gemachte Anspruch auf die Gesamthaftung des Gesellschafters wegen einer Verbindlichkeit der **Gesellschaft**, so hat der Gesellschafter eine aufschiebende Einrede, so lange sich der **Gläubiger** durch Aufrechnung gegen die Gesellschaftsforderung befriedigen kann (§ 129 Anm. II c).

β. **Schuld der Gesellschaft an einen Dritten, Forderung eines Gesellschafters an ihn.** Die von dem Dritten in Anspruch genommene Gesellschaft kann nicht mit der Forderung des Gesellschafters an den Dritten aufrechnen, denn ihr steht keine Verfügungsbefugnis über das Privatvermögen des Gesellschafters zu (RG. 11 116, BGB. § 422 Abs. 2). Anders selbstverständlich, wenn der Gesellschafter seine Forderung der Gesellschaft abtritt. Eine solche Abtretung liegt nicht immer schon dann vor, wenn der Gesellschafter die Gesellschaft nur **ermächtigt**, seine Forderung zur Aufrechnung gegenüber dem Dritten zu benutzen (RG. 31 86; vgl. RG. 10 48). Besteht neben der Schuld der Gesellschaft auch eine Gesamtschuld (§ 128) desjenigen Gesellschafters, der seinerseits eine Forderung an den Dritten hat, und nimmt nun der Dritte die Gesellschaft in Anspruch, so kann der Gesellschafter, indem er nunmehr **seinerseits** gegenüber dem Dritten die Aufrechnung seiner Gesamtschuld mit seiner Forderung erklärt, auch die gesamthaftende Gesellschaft von ihrer Schuld befreien (BGB. § 422 Abs. 1, RG. 11 118). Der Gesellschaftsgläubiger kann ein solches Verfahren des Gesellschafters nicht etwa dadurch ausschließen, daß er einseitig erklärt, seine (des Gesellschaftsgläubigers) auf die Gesamthaftung gegründete Forderung an den aufrechnungsberechtigten Ge**sellschafter** nicht geltend machen zu wollen, denn die Forderung kann nur durch zweiseitigen Erlaß, nicht durch einseitigen Verzicht erlöschen (BGB. § 397; im Ergebnis ebenso, aber mit **nicht** zu billigender Begründung RG. 31 82). — Der von dem Gesellschafter in Anspruch genommene Dritte kann eine Gesellschaftsschuld als solche nicht aufrechnen (denn die zwei Personen schulden nicht **einander** Leistungen, BGB. § 387; vgl. jedoch RG. 31 83, 41 27), vielmehr nur die ihm etwa gegen den in Anspruch Nehmenden auf grund dessen Gesamthaftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten zustehende Forderung. Über Aufrechnung des Dritten im Privatkonkurs des Gesellschafters während schwebenden Gesellschaftskonkurses vgl. § 129 Anm. II d.

h. **Einlage.**

1. **„Beitrag" und „Einlage".** Das BGB. versteht unter „Beitrag" dasjenige, zu deren Einbringung der Gesellschafter **verpflichtet** ist (BGB. §§ 706, 707, 718), unter „Einlage" dasjenige, was er eingebracht **hat** (BGB. §§ 707, 733, Mot. z. BGB. 2 597). Dagegen ist im HGB. „Einlage" unterschiedslos in **beiden** Bedeutungen gebraucht, also sowohl im Sinn des „gemäß Einlageversprechens **Einzubringenden**" (z. B. §§ 162, 172 Abs. 1—3, 341 Abs. 2), wie auch im Sinn des „**Eingebrachten**" (z. B. §§ 172 Abs. 4, 341 Abs. 1).
2. **Gegenstand** des Einlageversprechens. Nach BGB. kann Gegenstand des „Beitrags" und daher (oben zu 1) auch der „Einlage" im Sinn des BGB. jede Art von Vermögenswerten sein, also z. B. Sachen, Geld, Rechte, Kundschaft, Tätigkeiten. Insbesondere auch Arbeitsleistungen (BGB. §§ 706 Abs. 3, 733 Abs. 2). Ebenso Gestattung nur der **Benutzung** eines Gegenstandes (BGB. § 733 Abs. 2). — Der gleiche umfassende Begriff ist auch mit „Einlage" im HGB. zu verbinden, denn indem das HGB. „Geldeinlagen", „Vermögenseinlagen", „Kapitaleinlagen" erwähnt, setzt es voraus, daß ein Gegenstand der Einlage auch sein kann, wenn er nicht in Geld oder Vermögen besteht. So ist eine „Einlage" im Sinn des HGB. versprochen, wenn versprochen wird eine Geldzahlung, die Übertragung anderer Sachen (RG. 2 306), die Hingabe eines eigenen Wechsels (§ 186 Anm. II a), eine Arbeitsleistung, die Eingehung eines auf Seite des Einlegers lästigen Vertrages, z. B. eines Mietvertrages (§ 186 Anm. II a) oder eines Gewährversprechens (§ 186 Anm. II a), ein Erlaß (§ 186 Anm. II a). Über einen nur in der Zurverfügungstellung

des eigenen Kredits bestehenden Beitrag vgl. § 105 Anm. II b. Über Einlegung von Grundstücken, die auf die Namen der Gesellschafter eingetragen bleiben sollen, vgl. § 124 Anm. II b 2. Eine Einlage liegt in der Einräumung eines Forderungsrechts, inhalts dessen die Gesellschaft berechtigt sein soll, gegenüber dem Gesellschafter zu beanspruchen, daß dieser einen bestimmten, zunächst im Eigentum des Gesellschafters bleibenden Gegenstand an die von der Gesellschaft zu bezeichnende Person übereigne (RG. 19 XI 04 JW. 05 74[7]). Der Begriff der Einlage ist nicht durch das Erfordernis zu beschränken, daß (so M 97) der eingelegte Vermögenswert geeignet sein müsse, als Aktivum in der Bilanz zu erscheinen, oder daß (so Staub Erk. zu § 122 Anm. 3) nur ein „verkehrsfähiger" Gegenstand Einlage sein könne; indessen dürfen auch diejenigen Arten von Einlegungen, die nur in Verschaffung tatsächlicher Vorteile (wie z. B. in Übertragung der Kundschaft, Überlassung eines Fabrikationsgeheimnisses) bestehen, in der Regel in die Bilanz aufgenommen werden (§ 40 Anm. III e). Ebensowenig kann das Erfordernis aufgestellt werden, daß das Versprochene bereits **vor** Abgabe des Einlageversprechens einen Vermögenswert darstellen müsse (§ 186 Anm. II a). Nicht erforderlich ist endlich, daß der einzulegende Gegenstand durch das Vermögen des Einlegers **hindurchgehe**, um in das Vermögen der Gesellschaft zu gelangen. — Nun kommt aber wohl an keiner Stelle des HGB. der obige umfassende Sinn von „Einlage" tatsächlich zur Geltung; denn wohl überall wo „Einlage" im HGB. gebraucht ist, weist es zurück auf die an einer früheren Stelle gebrauchten beschränkteren Begriffe von „Geldeinlage", „Vermögenseinlage", „Einlage auf das Grundkapital". So weist z. B. „Einlage" in § 162 zurück auf „**Vermögenseinlage**" in § 161, „Einlage" in § 187 auf „Einlage auf das Grundkapital" in § 186. Über den Begriff „Vermögenseinlage" vgl. § 161 Anm. I c 3. Über den Begriff „Einlage auf das Grundkapital" und „Kapitaleinlage" vgl. §§ 178 Anm. III, 211 Anm. II.

3. **Einlageversprechen.** Im Zweifel gilt das Einlageversprechen eines Gesellschafters als nur für den Fall abgegeben, daß die Gesellschaft in Wirksamkeit tritt, nicht aber auch unter der auflösenden Bedingung der späteren Gesellschaftsauflösung (ROH. 25 162). Das Einschußversprechen jedoch eines **Dritten**, der nur im Interesse eines Gesellschafters handelt, ist in der Regel nur unter der Voraussetzung der Fortsetzung der Gesellschaft gegeben (RG. 4 67). Die Ausstellung eines Schuldscheins mit bestimmtem Zinsversprechen seitens der Gesellschaft an den zahlenden Gesellschafter wird in der Regel die Annahme ausschließen, daß der gezahlte Betrag die Eigenschaft einer Einlage haben sollte (OLG. Kolmar 23 IX 91 ZHR. 42 525; anders RG. 28. IX 93 JW. 503[16]). Darlehne des Gesellschafters an die Gesellschaft erhöhen nicht seine Einlage, soweit nichts Gegenteiliges vereinbart ist (Bolze 19 Nr. 621; vgl. § 120 Anm. II a).

4. **Einbringung.** Sie enthält die Erfüllung des Einlageversprechens. Der § 706 Abs. 2 BGB., der in verbesserter Fassung den früheren Art. 91 Abs. 1 ADH. wiedergibt, bestimmt:

> „Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen. Das Gleiche gilt von nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnverteilung bestimmt ist."

Der § 706 Abs. 2 BGB. enthält nur eine Auslegungsregel und stellt klar, daß, um den Gegenstand selbst gemeinschaftlich zu machen, immer noch zu dem durch das Einlageversprechen begründeten, auf Rechtsübertragung gerichteten Forderungsrecht diejenige Übertragungshandlung hinzukommen muß, die nach der Art des Gegenstandes erforderlich zur Rechtsübertragung ist (D. 82, RG. 54 106, 56 99). Entsprechendes gilt für die Übertragung von **Forderungen**; Tatfrage ist, ob im Einzelfall im Gesellschaftsvertrag nur ein Einlageversprechen oder bereits die Einbringung erklärt ist; ist letzteres der Fall, so liegt in der vertraglich erklärten Einbringung bereits ein genügender Abtretungsvertrag (BGB. § 398, RG. 31 29). Den Gegensatz zu der in § 706 Abs. 2 behandelten Einbringung des **Eigentums** bildet die Einbringung nur des **Nutzungsrechts**. Der Art. 91 Abs. 2 ADH. bestimmte: „Im Zweifel wird angenommen, daß die in das Inventar der Gesellschaft mit der Unter-

schrift sämtlicher Gesellschafter eingetragenen, bis dahin einem Gesellschafter gehörigen, beweglichen oder unbeweglichen Sachen Eigentum der Gesellschaft geworden sind." Diese Vorschrift ist weder in das BGB. noch in das HGB. übergegangen, da bei freier Beweiswürdigung ohnedies das Gleiche anzunehmen sein wird; die Aufnahme in das Inventar ersetzt nicht eine sonst etwa erforderliche Übertragungshandlung (D. 82; KGJ. 17 263. — Der Anspruch auf Einzahlung der zugesagten Einlage kann auch von der Gesellschaft (sobald sie entstanden ist), nicht nur von den übrigen Gesellschaftern geltend gemacht werden (BGB. § 328, ROH. 25 161).

5. Betrag des Einzulegenden. Hierüber entscheidet in erster Reihe die Vereinbarung der Gesellschafter. In Ermangelung einer solchen Vereinbarung ist maßgebend BGB. §§ 706 Abs. 1, 707.

§ 706 Abs. 1: „Die Gesellschafter haben in Ermangelung einer anderen Vereinbarung gleiche Beiträge zu leisten."

§ 707: „Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet."

Der § 707 BGB. gibt den wesentlichen Inhalt des bisherigen Art. 92 ADH. wieder (D. 82). Vereinbarte Einlage ist im Verhältnis der Gesellschafter untereinander nicht nur die ursprünglich vereinbarte; maßgebend sind vielmehr auch spätere vertragliche Herabsetzungen oder Verzichte (ROH. 22 202). Ebenso spätere Änderungen durch zulässige Entnahmen, Abschreibung von Verlust, Zuschreibung nicht erhobenen Gewinns, vereinbarte freiwillige Zuzahlungen. Überhaupt ist „Einlage" bei der oHG. nichts Unveränderliches (vgl. § 139 Anm. III c, § 155 Anm. I c), sondern jeweilig gleichbedeutend mit Kapitalanteil (§ 120 Anm. II b) zuzüglich Rückstand auf Einlageversprechen. — Die Verpflichtung zur Erhöhung der Einlage über den vereinbarten Betrag hinaus tritt auch dann nicht ein, wenn der Gesellschaftszweck mit den vereinbarten Beiträgen nicht erreicht werden kann (P. 178). Auch dann nicht, wenn sich bei der Liquidation das Vorhandensein eines Fehlbetrags ergibt (ROH. 22 202, 25 159); in solchem Fall besteht vielmehr nur der Anspruch der Gläubiger auf Grund der Gesamthaftung und — je nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages — möglicherweise ein Ausgleichungsanspruch der anderen Gesellschafter. Der einzelne Gesellschafter hat im Zweifel auch kein Recht zur Erhöhung seiner Einlage über den bedungenen Betrag hinaus, außer soweit eine Vermehrung durch Zuschreibung auf Kapitalkonto gemäß § 120 Abs. 2 erfolgt. Über Verminderung der Kapitalanteile s. HGB. § 122.

6. Einlegungspflicht betreffs Geschäftsgeheimnisse und Erfindungen? Soweit aus dem Gesellschaftsvertrag oder aus dem nach den Umständen zu entnehmenden Parteiwillen nichts Gegenteiliges folgt, ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet, ihm bekannte Geschäftsgeheimnisse kundzutun oder der Gesellschaft die während Bestehens des Gesellschaftsvertrags von ihm gemachten Erfindungen zu überlassen; hierin läge eine Erhöhung der Einlage. Auf die Absicht, der Gesellschaft etwaige Erfindungen zu überlassen, wird in der Regel zu schließen sein, wenn die Vorversuche auf Kosten der Gesellschaft und während der den Gesellschaftszwecken zu widmenden Zeit gemacht sind; notwendig ist aber auch dies nicht, denn an sich gebührt das Verfügungsrecht über eine Erfindung dem Vater des Gedankens, dagegen weder dem Eigentümer des verwendeten Stoffes noch dem Bezahler der verwendeten Arbeit (OLG. Hamburg 24 XI 94 HGZ. 46 495).

i. **Vorvertrag und letztwillige Verfügung** können, wenn genügend bestimmt, ein klagbares Recht auf Begründung einer offenen Handelsgesellschaft oder auf Aufnahme in eine solche gewähren. Für den Fall des Vertrages vgl. BGB. §§ 154, 157, 315 ff., ROH. 9 38, RG. 35 187, Bolze 23 Nr. 575, bei Genossenschaft RG. 40 47, bei GmbH. OLG. Hamburg 11 II 05 OLGRspr. 10 245, für den Fall der letztwilligen Verfügung vgl. RG. 30 147, Bolze 14 Nr. 491, 492, HGB. § 139. Das ROH. 9 38 bemerkt: „Notwendige Voraussetzung der Rechtswirksamkeit des Vertrages ist, daß die einzelnen Bestimmungen des abzuschließenden Vertrags" (z. B. Einlagen, Gewinn- und Verlustanteile, Dauer) „festgestellt sind, und zwar

entweder durch besondere Verabredung, welche auch stillschweigend erfolgen kann, oder durch Übereinkommen, daß, soweit eine solche besondere Verabredung nicht getroffen ist, die ergänzenden (subsidiären) Rechtssätze über Handelsgesellschaften maßgebend sein sollen. Auch dies letztere Übereinkommen kann zwar stillschweigend getroffen werden, allein es ist nicht ohne weiteres überall dann und insoweit als getroffen anzunehmen, wenn und insoweit besondere Verabredungen nicht getroffen sind. Die für die Gesellschaft selbst subsidiär geltenden Bestimmungen setzen als solche den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages voraus und können für den Vorvertrag nur durch Vermittelung eines darauf gerichteten Willensaktes maßgebend werden." — Ob im einzelnen Fall ein Vorvertrag oder bereits ein Gesellschaftsvertrag vorliegt, ist Tatfrage (vgl. RG. 12 304).

k. **Wirkung der Eintragung oder Nichteintragung im Handelsregister.** Die allgemeinen Grundsätze kommen zur Anwendung mit der im § 123 enthaltenen Maßgabe. Grundsätzlich hat die Eintragung daher auch hier nur erklärende Wirkung (§ 15 Anm. II a); die Eintragung als offene Handelsgesellschaft ist an sich nicht beweisend für das Vorliegen einer solchen. So, wenn durch Irrtum des Registerrichters trotz Nichtanmeldung eine offene Handelsgesellschaft eingetragen ist (ROH. 23 281), oder wenn kein Betrieb eines Handelsgewerbes vorlag (RG. 40 146, Bolze 6 Nr. 631, 9 Nr. 711 a. In letzterer Beziehung greift jetzt unter Umständen die Unterstellung des § 5 ein (§ 5 Anm. II c). Auch Einwendungen wegen Nichtbestehens eines Gesellschaftsvertrages (z. B. wegen Geisteskrankheit eines Vertragschließenden, CosackHR. § 106 IV 1 c) sind zulässig. Nur für die Frage, ob ein Handelsgewerbe betrieben wird, kommt nach §§ 2, 3 Abs. 2, § 5 die Eintragung in Betracht. Nicht zur offenen Handelsgesellschaft wird durch die bloße Eintragung eine Erbengemeinschaft (oben Anm. I d 2), eine gemeinbürgerliche Gesellschaft (OLG. Dresden 20 XII 01 OLGRspr. 4 203; dagegen KG. 20 VI 04 OLGRspr. 9 239) oder ein nichtrechtsfähiger Verein (§ 33 Anm. II). — Andererseits kann trotz Nichteintragung oder trotz Eintragung als Einzelfirma (z. B. zu dem Zweck, eine stille Gesellschaft vorzuspiegeln) eine offene Handelsgesellschaft bestehen (RG. 31 39). Eine offene Handelsgesellschaft gelangt nicht mit Notwendigkeit zur Entstehung allein dadurch, daß sie als solche mit dem Willen der als Gesellschafter Bezeichneten in das Handelsregister eingetragen wird (RG. 37 60). — Über die gegen Dritte eintretende Wirkung vgl. § 15 Anm. III d 2 bei einer zu Recht erfolgten Eintragung der oHG., § 15 Anm. III d 3 α, RG. 40 146 bei einer zu Unrecht erfolgten Eintragung. Über die Wirkung der Eintragung in den Fällen der §§ 2, 3 Abs. 2 vgl. § 123 Anm. III c.

l. **Beginn** der Gesellschaft. Vgl. § 106 Anm. II d.

II. **Der Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet.** Merkmal bejahenden Inhalts.

a. **Zweck.** Die Form der Begriffsbestimmung, die den Inhalt der vertraglichen Verpflichtung entscheiden läßt, ist dem § 705 BGB. entlehnt, und insoweit ist die Fassung des Art. 85 ADH. geändert. Art. 85 Abs. 1 lautete: „Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Beteiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist." Eine offene Handelsgesellschaft kann daher nach der jetzigen Begrigsbestimmung schon bestehen, bevor der Betrieb begonnen hat (§ 106 Anm. II d; ebenso OLG. Colmar 28 I 04 OLGRspr. 8 378; dagegen Staub Anm. 9; abweichend auch Goldmann § 106 Nr. 1, 21; über die entsprechende Frage bei stiller Gesellschaft vgl. § 335 Anm. III b). — Dies sogar in den Fällen der §§ 2, 3 Abs. 2 falls der Zweck auch die Eintragung umfaßte (dagegen Lehmann Nr. 8 Fußnote 1). Hätte das Gegenteil bestimmt werden sollen, was D. 12 und HGB. § 176 Abs. 2 voraussetzen und D. 81 folgert, so hätte der Zusatz „soweit nicht aus dem § 2 sich ein anderes ergibt" nicht in den § 123, sondern in die Begriffsbestimmung des § 105 aufgenommen werden müssen (vgl. § 123 Anm. III c). — Auf eine solche offene Handelsgesellschaft finden in der Zwischenzeit bis zum Betriebsbeginn die Vorschriften über Kaufleute Anwendung (§ 6 Abs. 1), obgleich die Gesellschaft bis dahin weder wenn der Betrieb eines Handelsgewerbes der in § 1 erwähnten, noch wenn der Betrieb eines Handels-

gewerbes der in § 2, § 3 Abs. 2 erwähnten Art bezweckt ist, Kaufmann ist. Die Anwendbarkeit jener Vorschriften über Kaufleute beschränkt sich aber zunächst auf das Verhältnis *nach innen*. Über den Zeitpunkt, in welchem gegenüber *Dritten* die offene Handelsgesellschaft als solche in Wirksamkeit tritt, vgl. § 123.

b. **Betrieb.** Vgl. § 1 Anm. IV d. Ein Betreiben liegt auch dann vor, wenn der Betrieb zwar im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung stattfindet (ebenso Lehmann Nr. 5, Goldmann Nr. 17; dagegen Staub Anm. 9). Dagegen nicht, wenn zwar für gemeinschaftliche Rechnung, aber nicht im eigenen Namen, d. h. unter gemeinschaftlicher Firma (Anm. II e), Geschäfte abgeschlossen werden (ROH. 2 425). Neben der — in der Regel bereits in der Anmeldung zum Handelsregister liegenden (§ 15 Anm. III d 3) — Erklärung, für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt haften zu wollen, ist für den einzelnen Gesellschafter die Beteiligung an der Führung des unter der Gesellschaftsfirma betriebenen Handelsgeschäfts durch *eigene Tätigkeit* oder durch *Beisteuern* kein Erfordernis (RG. 20 75; damit vereinbar BGB. § 705). Es genügt daher, wenn beabsichtigt ist, daß nur einer der Gesellschafter oder daß nur ein *Vertreter* der Gesellschafter eine eigene Betriebstätigkeit ausübt. Beteiligt sich aber der nicht selbst tätige oder nicht beisteuernde Gesellschafter auch nicht einmal insoweit, daß er durch den Beitritt den *Kredit* des Unternehmens stärken will, und wird das Gewerbe auch nicht für seine *Rechnung* betrieben, so wird in der Regel ein Scheinvertrag und kein wirklicher Gesellschaftsvertrag vorliegen und aus *diesem* Grund das Vorhandensein einer offenen Handelsgesellschaft zu verneinen sein (vgl. oben Anm. I d 1, RG. 37 61). — Liegt Handwerksbetrieb vor, oder geht der Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinaus, so ist eine Vereinigung zum Zweck eines derartigen Betriebes keine offene Handelsgesellschaft (§ 4 Abs. 2). — Ist kein Betrieb, sondern nur die Verwertung der einzutragenden Firma durch Veräußerung bezweckt, so liegt keine oHG. vor (OLG. Colmar 28 I 04 OLGRspr. 8 378, 383). Ob eine zwecks Erwerb und Liquidierung eines fremden Handelsgeschäfts eingegangene Gesellschaft offene Handelsgesellschaft sein kann, vgl. § 1 Anm. II c.

c. **Handelsgewerbe.** Vgl. § 1 Anm. III a. Eine gesellschaftliche Vereinigung zur Gewinnung von Rohstoffen aus einem Grundstück (§ 1 Anm. IX a 2) ist keine offene Handelsgesellschaft (RG. 50 157), so lange ihre Eintragung nach § 2 nicht erfolgt ist. Nicht auf einen *Gewerbebetrieb* ist der Wille gerichtet, wenn nicht eine *vorherige* auf *dauernden* Betrieb gerichtete Abrede vorliegt, sondern nur ein Zusammenwirken bei einer Reihe einzelner Geschäfte auf Grund *mehrerer* jedesmal nur auf den *einzelnen* Fall gerichteter Vereinbarungen stattfindet (Bolze 23 Nr. 311). Die bloße *Bezeichnung* einer Gesellschaft als „Handlung A. & B." genügt nicht für die Annahme des Vorliegens einer offenen Handelsgesellschaft (ROH. 15 237). — Betreibt eine offene Handelsgesellschaft außer ihrem Handelsgewerbe auch Nichthandelsgeschäfte, also Geschäfte, die nicht zugehörig zum Handelsgewerbebetrieb (§ 343 Anm. II c) sind, z. B. einen getrennten nichthandelsgewerblichen Gewerbebetrieb darstellen, so ist sie dennoch auch für *letzteren* Teil des Betriebes offene Handelsgesellschaft (RG. 32 33, RG. 4 V 94 JW. 318[20]), aber insoweit nicht Kaufmann (§ 1 Anm. IV b). — Eine nur nach dem BGB. zu beurteilende Gesellschaft liegt vor, wenn nicht der dauernde Betrieb eines *Handelsgewerbes*, sondern nur der Abschluß *einzelner* Handelsgeschäfte bezweckt ist (RG. 13 230). — Über die Wirkung einer trotz Nichtvorliegens eines Handelsgewerbes erfolgten Eintragung vgl. § 5 Anm. II c, § 105 Anm. I k.

d. **Firma.** Vgl. § 17 Anm. II, III a. Eine Handwerkerfirma oder eine Firma von Kleingewerbetreibenden ist keine Firma im Sinn des HGB. (§ 4).

e. **Gemeinschaftliche** Firma. „Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft hat den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter zu enthalten . . . Die Beifügung von Vornamen ist nicht erforderlich. Die Namen anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter dürfen in die Firma . . . nicht aufgenommen werden" (§ 18). Eine gemeinschaftliche Firma kann vorhanden sein, trotzdem die gebrauchte Firma den bestehenden Formvorschriften nicht entspricht (Bolze 2 Nr. 1095) oder aus anderen Gründen nicht geführt werden darf. Da

aus dem Wortlaut der Firma (z. B. bei abgeleiteten Firmen) kein in allen Fällen entscheidendes Merkmal für die Gemeinschaftlichkeit entnommen werden kann, so muß als allein entscheidend angesehen werden, ob die Gesellschafter die Absicht hatten, die gewählte Firma nach außen hin (Bolze 3 Nr. 789) als eine gemeinschaftliche zu gebrauchen und — soweit die Geschäfte schon begonnen — ob sie die Firma so gebraucht haben. Keine gemeinschaftliche Firma liegt daher vor, wenn die geführte Firma absichtlich so gewählt ist und so gebraucht wird, daß nach außen die Täuschung hervorgebracht werden soll, sie sei keine gemeinschaftliche (RGSt. 24 262). Von den Umständen des Einzelfalles ist es abhängig, ob, wenn keine gemeinschaftliche Firma beabsichtigt ist, eine gemeinbürgerliche Gesellschaft, eine stille Gesellschaft, oder ein anderes Rechtsverhältnis (ROH. 2 425, 5 388, 8 248, RG. 33 129, Bolze 10 Nr. 528, RG. 17 IV 01 JW. 406[24]) vorliegt. Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß gelegentlich eines Rechtsverhältnisses, das keine offene Handelsgesellschaft ist, die Beteiligten vereinbaren können, daß im inneren Verhältnis die Regeln der offenen Handelsgesellschaft zur Anwendung kommen sollen (oben Anm. I d 1 γ). Bezüglich der Preußisch-Hessischen Eisenbahngemeinschaft erachtet RG. 52 148 für zweifelhaft, ob unter gemeinschaftlicher Firma betrieben werde.

III. **Bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt.** Merkmal verneinenden Inhalts.

a. **Keine Haftungsbeschränkung.** Hierin liegt das Unterscheidungsmerkmal von der KG. und KAG., bei denen die Beteiligung einzelner, und von der AG. und GmbH., bei denen die Beteiligung aller Gesellschafter auf Vermögenseinlagen beschränkt ist. Ob eine solche Beschränkung vorliegt, ist aus dem Gesetz abzuleiten; andernfalls würde man bei Anwendung des § 128 das Gesuchte voraussetzen. Unerheblich ist daher, ob nach Abrede der Gesellschafter — soweit nicht in besonderen Fällen bei Einhaltung bestimmter Bedingungen das Gesetz einer solchen Abrede Kraft verleiht, z. B. im Fall der §§ 171, 162 — eine solche Beschränkung vorhanden sein soll (vgl. § 128 Satz 2). Auch falls dauernd bei jedem Vertragsabschluß mit Dritten bedungen wird, daß einer oder alle Gesellschafter beschränkt haften (eine Abrede, die zulässig ist; § 128 Anm. IV), so verliert hierdurch die Gesellschaft dennoch nicht die Eigenschaft als offene Handelsgesellschaft; die Gesellschafter einer solchen Gesellschaft haften z. B. dennoch unbeschränkt in Ansehung außervertraglicher Gesellschaftsverbindlichkeiten.

b. **Gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.** Ob nach innen eine Haftungsbeschränkung vereinbart worden, ist unerheblich. Das Vorliegen einer offenen Handelsgesellschaft mit nach außen eintretender Gesamthaftung der Gesellschafter wird daher dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Gesellschafter bedungen haben, untereinander jeder nur für einen bestimmten Bruchteil haften zu wollen.

c. **Beweislast.** Nach früherem Recht wurde angenommen, daß derjenige, der das Vorliegen einer offenen Handelsgesellschaft behaupte, nur zu beweisen habe, daß das Merkmal bejahenden Inhalts (oben Anm. II) zutreffe; dagegen sei es Sache desjenigen, der das Nichtvorliegen des Merkmals verneinenden Inhalts (Anm. III), in bejahender Form ausgedrückt: das Vorhandensein einer Haftungsbeschränkung nach außen, einwende, hierfür den Beweis zu führen (Str. 64 136). Für das BGB. gilt (wenn auch nicht ausnahmslos durchgeführt) die Regel, daß der Beweis des Inhalts eines verneinenden Bedingungssatzes von demjenigen, der das Vorliegen der Verneinung behauptet, zu erbringen ist in denjenigen Fällen, in denen das „nicht" nicht unmittelbar hinter dem „wenn", sondern weiter hinten im Satz steht (Planck[3] Buch I Vorbem. V 5). Würde diese Regel auf den § 105 HGB. angewendet (bei dem das „nicht" in dem „kein" steckt), so würde, wer das Vorliegen einer offenen Handelsgesellschaft behauptet, auch das Nichtvorhandensein von Haftungsbeschränkungen nach außen beweisen müssen. Eine solche Änderung des nach früherem Recht mit denselben Worten verbundenen Sinnes ist jedoch nicht als beabsichtigt anzusehen. Wird dargetan, daß eine Gesellschaft begründet ist (oben Anm. I), und daß das für die offene Handelsgesellschaft bezeichnende Merkmal bejahenden Inhalts (oben Anm. II) vorhanden ist, so folgt daraus von selbst die Regel der unbeschränkten Haftung der Gesellschafter.

Nach dem jetzigen Stand der Gesetzgebung ist die beschränkte Haftung eines Gesellschafters noch entschieden die Ausnahme. Anzuwenden ist daher die in dem (später trotz Richtanfechtung des Inhalts gestrichenen) § 194 Entw. I BGB. ausgesprochene Beweisregel: „Wer die rechtliche Wirkung eines Tatbestandes wegen besonderer, die regelmäßige Wirksamkeit ausschließender Tatsachen verneint, hat diese besonderen Tatsachen zu beweisen."

IV. **Beziehungen zum Ausland.**

a. **Ausländisches Recht.** Über die Rechte ausländischer Gesellschaften in Deutschland und deutscher Gesellschaften im Ausland vgl. § 6 Anm. I b. Die partnership des englischen Rechts gleicht zwar der offenen Handelsgesellschaft in vielen Stücken, ist jedoch in noch etwas geringerem Grad als die letztere gesondert von den Personen der Gesellschafter; deshalb ist angenommen, daß eine partnership mit Sitz in England, deren sämtliche Gesellschafter Deutsche sind, wenn sie in Deutschland klagt, nicht zur Sicherstellung wegen der Rechtsstreitskosten verpflichtet ist (RG. **36** 396). Im Staat New York ist die partnership nicht parteifähig (OLG Hamburg 14 VI 04 OLGRspr. **9** 253).

b. **Deutsche Konsulargerichtsbarkeit.** Der deutschen Konsulargerichtsbarkeit in den Ländern, in denen sie besteht, sind nach KonsGG. 7 IV 00 § 2 (über früheres Recht RG. **36** 176 und teilweise abweichend RG. 19 I 95 JW. 84 [9]) offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften unterworfen, wenn

1. entweder sie im Reichsgebiet oder in einem deutschen Schutzgebiet ihren Sitz haben, außer wenn Ausländer daran beteiligt sind und durch Anordnung des Reichskanzlers oder auf Grund einer solchen bestimmt ist, daß sie in diesem Fall der Konsulargerichtsbarkeit nicht unterstehen sollen;
2. oder sie in einem Konsulargerichtsbezirk ihren Sitz haben und die persönlich haftenden Gesellschafter sämtlich Deutsche sind;
3. oder, wenn weder unter 1 noch unter 2 fallend, also Ausländern gleichgeachtet, soweit sie für ihre Rechtsverhältnisse durch Anordnung des Reichskanzlers oder auf Grund einer solchen dem deutschen Schutz unterstellt sind.

Die hierher gehörigen Bestimmungen des KonsGG. und der Anordnung des RK., welche die vorstehend zu 3 erwähnten Vorschriften enthält, sind abgedruckt § 6 Anm. I c.

§ 106.

Anmeldung bei Errichtung.

Die Gesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Anmeldung hat zu enthalten:

1. den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters;
2. die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;
3. den Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat.

ADH. Art. 86. **Entw. I** § 95. **Entw. II** § 104.

I. **Sitz** der Gesellschaft. Vgl. CPO. § 17, BGB. § 24. Der Sitz einer offenen Handelsgesellschaft entspricht dem Wohnsitz des Einzelkaufmanns (vgl. § 29 Anm. IV c 2). Die Anmeldungspflicht jedoch ist in beiden Fällen eine verschiedene (unten Anm. II c). In der Regel fallen Sitz und Hauptniederlassung zusammen (P. 4660); über die Ausnahme des Auseinanderfallens vgl. § 13 Anm. I c, § 106 Anm. II e.

II. **Inhalt der Anmeldung.**

a. **Personen der Gesellschafter** nach Namen (d. h. Familiennamen, vgl. § 18 Anm. III b 2), Vornamen (vgl. § 18 Anm. III b 1), Stand (die Bezeichnung „Kaufmann" genügt; Angabe des Geschäftszweiges ist nicht erforderlich) und Wohnort (dies gleichbedeutend mit „Wohnsitz", ebenso wie in der CPO.; nicht im Sinn des Handelsorts, innerhalb dessen der

Wohnsitz liegt, unten Anm. II c; ebenso § 162 Abs. 2, § 189 Abs. 3 Nr. 2). Falls juristische Personen oder offene Handelsgesellschaften Gesellschafter sind (§ 105 Anm. I e 1), so ist entsprechend die Anmeldung ihrer Firma und ihres Sitzes zu fordern. Fraglich kann nur sein, ob außer der Firma derjenigen oHG., welche Gesellschafter ist, auch die Eintragung der Namen der Gesellschafter dieser oHG. zu fordern ist. Ist eine offene Handelsgesellschaft alleiniger Inhaber eines unter anderer Firma betriebenen Handelsgeschäfts, so müssen jedenfalls auch die Namen der Gesellschafter der oHG. bei dem Registergericht des so betriebenen Handelsgeschäfts angemeldet werden (vgl. KG. 11 XI 01 EntschFG. 3 15 KGJ. 23 A 97), da sonst hierin eine Umgehung der Vorschriften über Anmeldung von Zweigniederlassungen liegen würde.

b. **Firma.** Vgl. § 29 Anm. IV a.

c. **Ort des Sitzes.** Der Wohnsitz eines Einzelkaufmanns braucht nach hier vertretener Ansicht nicht angemeldet zu werden (§ 29 Anm. IV c 2). Wohl aber der Sitz derjenigen juristischen Personen, deren Eintragung in das Handelsregister mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebes zu erfolgen hat (§ 33 Anm. I c 2), und der eingetragenen Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 36). Für die offene Handelsgesellschaft wird in § 106 Abs. 2 nicht die Anmeldung „des Sitzes", sondern die Anmeldung des „Ortes, wo sie ihren Sitz hat" gefordert. Unter „Ort" ist hier nichts anderes verstanden, als in dem entsprechenden § 29; mithin ist „Ort" im Sinn von „Handelsplatz" ohne Rücksicht auf die Grenzen von Gemeinde- oder Gerichtsbezirken (§ 29 Anm. IV b 1) gemeint. Ist dies richtig, so würde eine in der Vorstadt ihren Sitz habende offene Handelsgesellschaft bei dem Gericht der Vorstadt (Gericht des Sitzes, § 106 Abs. 1) als Ort ihres Sitzes die Hauptstadt, wenn deren Namen zugleich Namen des Handelsplatzes (§ 106 Abs. 2 Nr. 2) ist, anzumelden haben. — Die Vorschrift, daß bei offenen Handelsgesellschaften der Ort des Sitzes anzumelden ist, deckt sich nicht vollständig mit der allgemeinen Bestimmung des § 29, wonach bei jedem Kaufmann der Ort der Handelsniederlassung anzumelden ist. Fälle sind denkbar, in denen „Sitz" und „Handelsniederlassung" auseinanderfallen (dagegen Goldmann Nr. 27); wie in diesen Fällen anzumelden, vgl. unten Anm. II e.

d. **Zeitpunkt mit welchem die Gesellschaft begonnen hat.** Die Anmeldung darf daher erst erfolgen, nachdem die Gesellschaft begonnen hat. Eine Anmeldung, in der ein späterer Zeitpunkt angegeben ist, mit welchem eine Gesellschaft erst beginnen soll, ist zurückzuweisen (§ 12 Anm. V d, vgl. RG. 22 59), und auf Grund solcher Anmeldung ist auch nicht etwa nach Ablauf der Zeit die Eintragung vorzunehmen (AppellG. Breslau in Zentralorgan Neue Folge 1 575). Die Gesellschaft beginnt — wenn sie auch gegenüber Dritten unter Umständen erst später wirksam wird (§ 123) — bereits mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages oder, wenn im Gesellschaftsvertrag ein späterer Zeitpunkt des Beginnes festgesetzt ist, mit diesem Zeitpunkt. Der Zeitpunkt des Betriebsbeginnes kann ein späterer sein als der Zeitpunkt des Gesellschaftsbeginns (§ 105 Anm. II a, § 123 Anm. II a, dagegen Staub Anm. 5); jener ist nicht anzumelden (dagegen nach früherem Recht RG. 34 55). Auch der Zeitpunkt des Gesellschaftsbeginnes im Verhältnis nach innen kann unter Umständen für Dritte erheblich sein, z. B. bei Bestimmung der Dauer des Geschäftsjahrs und der infolgedessen eintretenden Fälligkeit des an einen Dritten übertragenen Jahres-Gewinnanteils. Daher ist nicht ausgeschlossen, daß dieser Zeitpunkt durch das zur Einsicht Dritter bestimmte Handelsregister festgestellt werden sollte. Aus § 123 Abs. 3 ist gleichfalls eine Unterscheidung zwischen Gesellschaftsanfang und Geschäfts-(Betriebs-)beginn zu entnehmen. — Ist bedungen, daß erst zu einem nach der Anmeldung liegenden Zeitpunkt die Gesellschaft beginnen soll, hat aber schon vor der Anmeldung die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen (vgl. § 123 Abs. 3), so wird die Eintragung sofort erfolgen können; bei der Eintragung wird aber gesondert anzugeben sein, wann im Verhältnis zu Dritten die Gesellschaft begonnen hat, und wann sie im inneren Verhältnis beginnen werde.

e. **Ort der Handelsniederlassung.** Neben den für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Sondervorschriften der §§ 106—108 gelten für sie auch die für alle Arten von Kaufleuten (§ 6 Abs. 1) gegebenen Vorschriften des Buch I, namentlich also bezüglich der An-

meldung die Bestimmungen der §§ 12ff., 29ff. Nach § 29 ist auch der Ort der Handelsniederlassung bei dem für diese Niederlassung zuständigen Registergericht anzumelden. Bezüglich der Hauptniederlassung wird er allerdings in der Regel mit dem Ort des Sitzes der Gesellschaft (oben Anm. IIc) zusammenfallen; sind Sitz und Hauptniederlassung nicht am gleichen Ort, so ist zum Register des Sitzes nur gemäß § 106, also der Ort des Sitzes, nicht außerdem der Ort der Handelsniederlassung, anzumelden, da § 29 nicht zur Anwendung kommt, weil sich an diesem Ort keine „Niederlassung" befindet. Bei Anmeldung der Zweigniederlassung (§ 13) und der nicht am Ort des Sitzes befindlichen Hauptniederlassung (§ 13 Anm. Ic) muß jedoch außer dem Ort des Sitzes der Gesellschaft auch der Ort der betreffenden Zweigniederlassung (bzw. vom Ort des Sitzes getrennten Hauptniederlassung) angemeldet werden.

f. **Etwaige Beschränkungen der Vertretungsmacht.** Vgl. § 125 Anm. VIc.

g. **Nicht** vorgeschrieben ist die Anmeldung des **Gegenstandes** des Gewerbebetriebes (P. 171, RG. 4 I 95 ZHR. 46 496; anders bei den juristischen Personen der §§ 33, 36). Da der Gegenstand nicht eintragungs**pflichtig** ist, so ist er auch nicht eintragungs**fähig** (§ 12 Anm. Vc, § 29 Anm. IVb 3).

III. **Form der Anmeldung.** Vgl. §§ 108, 12.

IV. **Zeit der Anmeldung.** Da eine bestimmte Frist nicht in das Gesetz aufgenommen ist (P. 983), so hat die Anmeldung unverzüglich, nachdem die Pflicht zur Erstattung entstanden ist, zu geschehen (§ 12 Anm. IIc); andernfalls beginnt zu gleicher Zeit die Befugnis zur Einleitung des Verfahrens auf Verhängung von Ordnungsstrafen gemäß § 14. Zweifelhaft ist, ob die Anmeldungspflicht bereits mit dem **Gesellschafts**beginn (oben Anm. IId) oder erst mit dem **Betriebs**beginn entsteht. Für letzteres P. 174 und **Staub** Anm. 1. Das Gesetz selbst enthält keine ausdrückliche Vorschrift. Man wird wohl den **Betriebs**beginn als das Entscheidende anzusehen haben. Erst durch den **Betrieb** tritt die Gesellschaft nach **außen** handelnd auf; das Handelsregister dient aber nur dem Zweck, nach **außen** die bestehenden Rechtsverhältnisse bekannt zu geben (allerdings vgl. oben Anm. IId). Bei dem **Einzelkaufmann** hat eine Anmeldung erst nach dem Betriebsbeginn zu erfolgen (RG. 22 59); dasselbe muß im Zweifel auch bei **Gesellschaften** gelten. Gleiches folgt, wenn die oben Anm. IIe vorgetragene Ansicht, daß auch der Ort der **Handelsniederlassung** angemeldet werden muß, richtig ist; denn einerseits läßt sich von einer „Niederlassung" nicht wohl reden, bevor ein Handelsbetrieb begonnen hat, andererseits soll nur das bereits **Vorhandene**, nicht das erst **Beabsichtigte** angemeldet werden (§ 12 Anm. Vd). — Die versäumte Anmeldung darf auch noch dann nachgeholt werden, wenn die Gesellschaft bereits in Liquidation getreten ist (RG. 11 II 02 JW. 172 [34]).

V. **Prüfungsrecht des Registerrichters.** Vgl. § 12 Anm. VI. Der Registerrichter kann, wenn sich Zweifel ergeben, ob ein Gesellschaftsvertrag gültig zu stande gekommen ist, den Nachweis dieser Tatsache verlangen; so z. B., wenn Minderjährige als Gesellschafter angemeldet werden, den Nachweis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (KG. 18 XI 01 Entsch. FG. 3 21 KGJ. 23 A 91).

§ 107.

Anmeldung bei Änderungen.

Wird die Firma einer Gesellschaft geändert oder der Sitz der Gesellschaft an einen anderen Ort verlegt oder tritt ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft ein, so ist dies ebenfalls zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

ADH. Art. 87 Abs. 1. **Entw. I** § 96. **Entw. II** § 105.

I. **Änderungen.**

a. **Änderung der Firma.** Vgl. § 31 Anm. Ia, b.

b. **Verlegung des Sitzes an einen anderen Ort.** Was unter „Ort des Sitzes" zu verstehen, vgl. § 106 Anm. IIc. Keine Verlegung des Sitzes an einen anderen Ort ist daher die Verlegung in eine andere Gemeinde innerhalb eines umfassenden „Handelsplatzes", z. B. die Verlegung aus der Vorstadt in die Hauptstadt oder umgekehrt. Nach dem Wortlaut des § 107 ist daher in solchem Fall eine Anmeldung **nicht** erforderlich. Dennoch wird man auch

ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift die Anmeldung dann fordern müssen, wenn durch die Verlegung gleichzeitig der Registergerichts-Bezirk, innerhalb dessen der Sitz sich befindet, ein anderer wird (vgl. § 31 Anm. II c).

c. **Eintritt eines neuen Gesellschafters.** Ebenso das Ausscheiden eines Gesellschafters, § 143. Beides zusammen entspricht der in § 31 vorgeschriebenen Anmeldung jeder Änderung der Inhaber einer Firma. Vgl. § 31 Anm. I c.

d. **Verlegung der Niederlassung an einen anderen Ort.** Die Vorschriften des § 31 gelten für die offene Handelsgesellschaft neben denen des § 107 (§ 106 Anm. II e). Auch für die offene Handelsgesellschaft folgt daher aus § 31 die Pflicht zur Anmeldung der Verlegung der Niederlassung an einen anderen Ort (§ 31 Anm. II; dagegen Goldmann Nr. 4).

e. **Änderung der Person von Liquidatoren.** Vgl. § 148 Anm. I a 2.

f. **Änderung der Vertretungsmacht** von Gesellschaftern oder Liquidatoren. Vgl. § 125 Anm. VI c 4, § 148 Anm. I a 4.

II. **Sonstige anzumeldende Tatsachen.**

a. **Ausschluß der Vertretungsmacht einzelner Gesellschafter, Anordnung einer Gesamtvertretung.** Vgl. § 125 Anm. VI c 1–3.

b. **Auflösung der Gesellschaft.** Vgl. § 143 Anm. I.

c. **Erlöschen der Firma.** Vgl. § 31 Anm. III (§ 106 Anm. II e), § 157 Anm. II a.

d. **Fortsetzung der durch Konkurs aufgelösten Firma** nach Aufhebung des Konkurses infolge Zwangsvergleich oder nach Einstellung auf Antrag des Gemeinschuldners (§ 144 Abs. 2).

e. **Liquidatoren,** deren Person § 148 Anm. I a; Berechtigung, einzeln zu handeln § 150 Abs. 1.

f. **Zweigniederlassung.** Über die Anmeldungen zu den Zweigregistern vgl. § 13 Anm. II. Über die von Amts wegen seitens des Zweiggerichts zum Hauptregister zu erstattende Nachricht über Eintragung und Aufhebung einer Zweigniederlassung vgl. § 13 Anm. II c 2.

g. **Erteilung oder Erlöschen einer Prokura.** Vgl. § 53 Anm. I, III, § 126 Anm. I c.

§ 108.

Form der Anmeldung. Firmen- und Unterschriftszeichnung.

Die Anmeldungen sind von sämmtlichen Gesellschaftern zu bewirken.

Die Gesellschafter, welche die Gesellschaft vertreten sollen, haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

ADH. Art. 88. **Entw. I** § 97. **Entw. II** § 106.

I. **Form der Anmeldung und Zeichnung.** Zur Anwendung kommen (§ 106 Anm. II e) die allgemeinen Bestimmungen des § 12. „Die" Anmeldungen in § 108 Abs. 1 weist zurück auf die in §§ 106, 107 genannten Fälle von Anmeldungen. In diesen Fällen müssen sämtliche Gesellschafter (auch diejenigen, die nicht vertretungsermächtigt sein sollen) anmelden. Für Anmeldung anderer Tatsachen kommen die hierfür etwa bestehenden Sondervorschriften zur Anwendung. Mangels solcher Sondervorschriften genügt die Anmeldung durch (§ 125) zur Vertretung Ermächtigte, da die Vertretungsmacht auch zur Vertretung vor Gericht ermächtigt (§ 234 Anm. I c).

II. **Art der Zeichnung.** Der § 108 Abs. 2 bestimmt nur darüber, welche Zeichnungen zur Aufbewahrung bei dem Gericht abzugeben sind. Hieraus ist kein Schluß darauf zulässig, in welcher Art der Gesellschafter, wenn er in Vertretung der Gesellschaft eine Erklärung abgibt, zu zeichnen hat. Über die letztere Frage vgl. § 125 Anm. II b, III d. Die Zeichnungen zur Aufbewahrung bei Gericht sind nicht, wie die Anmeldungen, von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken, sondern nur von denjenigen, die vertretungsermächtigt sein sollen. Jeder dieser Gesellschafter hat erstens die Firma und zweitens seine Namensunterschrift zu zeichnen. Bei Vertretungsermächtigung eines neuen Gesellschafters, sei es, daß dieser früher nicht Gesell-

schafter oder früher nur nicht vertretungsermächtigt war, ist nur Zeichnung des neu Ermächtigten zu verlangen, da die Zeichnung der schon früher und auch künftig Ermächtigten bereits bei Gericht aufbewahrt wird.

Zweiter Titel.

Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander.

I. Verhältnis des Gesellschaftsvertrages zum Gesetz (§ 109).

§ 109.

Das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage; die Vorschriften der §§ 110 bis 122 finden nur insoweit Anwendung, als nicht durch den Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist.

ADH. Art. 90. **Entw. I** § 98. **Entw. II** § 107.

I. **Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.** Das Wort „untereinander" bezeichnet den Gegensatz zu dem Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten (§§ 123ff.). Das Wort „Gesellschafter" ist einschränkend als „Gesellschafter als solcher" auszulegen: nur auf die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses bezieht sich § 109. Ein einzelner Gesellschafter kann aber auch, als wenn er ein Dritter wäre, Rechtsgeschäfte mit der Gesellschaft abschließen, und wegen einer Forderung aus solchen Rechtsgeschäften kann er nicht nur die Gesellschaft, sondern auch seine Mitgesellschafter auf Grund ihrer Gesamthaftung (§ 128) in Anspruch nehmen. Seine Stellung ist dann die nämliche wie die eines Nichtgesellschafters, der seine Forderung geltend macht; nur können ihm die etwa vorhandenen Einwendungen aus dem bestehenden Gesellschaftsverhältnis entgegengesetzt werden (§ 128 Anm. II a 3, 4). Die Bestimmung im ersten Halbsatz des § 109 ist nicht auf die §§ 110—122 beschränkt, vielmehr allgemein (P. 272). Ob die außerhalb der §§ 110 bis 122 gegebenen gesetzlichen Vorschriften, welche das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander regeln, ausnahmsweise im Gegensatz zu dem Grundsatz des § 109 als zwingende und nicht nur als abänderbare gewollt sind, ist in jedem einzelnen Fall zu untersuchen (P. 271. ROH. 21 88).

II. **Gesellschaftsvertrag.** Vgl. § 105 Anm. I d. Unter „Gesellschaftsvertrag" ist nicht nur der ursprüngliche Vertrag, sondern sind auch alle späteren vertraglichen Festsetzungen begriffen (D. 85).

III. **Zur Anwendung kommen** in erster Reihe die vertraglichen Festsetzungen, in zweiter die §§ 110—122 HGB. (§ 109), in dritter die §§ 705ff. BGB. (§ 105 Abs. 2 HGB.). Wer das Vorliegen einer von den Gesetzesvorschriften abweichenden Vertragsbestimmung behauptet, muß sie beweisen (vgl. auch ROH. 3 175).

IV. **Zuständigkeit in Rechtsstreiten.** Der § 22 CPO. verordnet: „Das Gericht, bei welchem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Vereine den allgemeinen Gerichtsstand haben, ist für die Klagen zuständig, welche von denselben gegen ihre Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden." — Nach GVG. § 101 Nr. 3a gehören vor die Kammern für Handelssachen diejenigen den Landgerichten in erster Instanz zugewiesenen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in denen durch die Klage ein Anspruch geltend gemacht wird „aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft oder zwischen dieser und ihren Mitgliedern oder zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber des Handelsgeschäfts, sowohl während des Bestehens als nach Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses, ingleichen aus dem Rechtsverhält-

nisse zwischen den Vorstehern oder den Liquidatoren einer Handelsgesellschaft und der Gesellschaft oder deren Mitgliedern."

V. **Vor Inkrafttreten des HGB. errichtete Gesellschaften.** Für derlei Gesellschaften bleiben in Ermangelung abweichender Abreden die vertragergänzenden Vorschriften des früheren ADH. zunächst in Kraft (EGBGB. Art. 170, RG. 7 X 01 OLGRspr. **3** 343; vgl. RG. 11 VII 00 JW. 663[16]), soweit nicht zwingende Vorschriften des neuen Rechts eingreifen. Wird ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossener Gesellschaftsvertrag über den Zeitpunkt hinaus fortgesetzt, zu dem eine Kündigung (bei verschiedener Kündigungsbefugnis der einzelnen: dem letzten der nach Inkrafttreten des HGB. kündigungsberechtigt werdenden Gesellschafter) zuerst möglich war, so wird (da EGBGB. Art. 171 nur eine Ausnahmevorschrift enthält) nicht anzunehmen sein, daß hierdurch allein bereits eine Änderung eintritt (ebenso Staub Anm. 32; a. M. Düringer-Hachenburg Bd. 1 Einl. D I). Vielmehr ist eine besondere Willenserklärung der Gesellschafter abzuwarten, durch die sie sich vertraglich, wenn auch nur durch schlüssige Handlungen, auf den Boden des neuen Rechts stellen. Wichtig ist dies namentlich für die Art der Gewinnverteilung. Eine besondere Willenserklärung der Gesellschafter, durch die sie sich auf den Boden des neuen Rechts stellen, liegt aber in einer, wenngleich stillschweigenden, Fortsetzung eines nach dem 1. Januar 1900 durch Zeitablauf erloschenen Gesellschaftsvertrages (Staub Anm. 32). Wird ein Austritt nach Inkrafttreten des HGB. erklärt, so ist die Wirkung dieses Austritts nach neuem Recht zu beurteilen (RG. **56** 17).

II. Aufwendungen und Sonderverluste eines Gesellschafters (§ 110).

§ 110.

Macht der Gesellschafter in den Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, oder erleidet er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, Verluste, so ist ihm die Gesellschaft zum Ersatze verpflichtet.

Aufgewendetes Geld hat die Gesellschaft von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen.

ADH. Art. 93 Abs. 1, 2. **Entw. I** § 99. **Entw. II** § 108.

I. **Aufwendungen.**

a. **Ersatzpflicht** der Gesellschaft. Die Aufwendungen sind dem Gesellschafter nur insoweit zu ersetzen, als er den Umständen nach sie für erforderlich halten durfte. Dasselbe folgt bereits aus BGB. §§ 713, 670 soweit die Aufwendungen von einem geschäftsführenden Gesellschafter zum Zweck der Ausführung des Auftrages gemacht sind, und aus BGB. §§ 683, 679 soweit bezüglich des einzelnen Geschäfts eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorlag (D. 83). Auch hier wird bei Beurteilung der dem aufwendenden Gesellschafter obliegenden Prüfung der Erforderlichkeit nur zu verlangen sein, daß er für jene Prüfung diejenige Sorgfalt anwende, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (BGB. § 708; ebenso Goldmann Nr. 7; dagegen Lehmann Nr. 1). Über den Begriff „Aufwendungen" vgl. § 354 Anm. I b 3. Unter „Aufwendungen" ist die Arbeitsleistung bei dem Betrieb von Gesellschaftsgeschäften nur in Fällen (§ 114 Anm. IV) mitbegriffen, in denen eine derartige Arbeitsleistung ausnahmsweise vergütet zu werden pflegt (§ 354 Anm. I a 1). Die Bezahlung einer Gesellschaftsschuld durch einen Gesellschafter fällt nicht immer (anders RG. **31** 141, 144 mit Rücksicht auf den Begriff „Auslage" in Art. 93 ADH.), namentlich nicht immer, wenn sie aus eigenem Antrieb ohne Zwang erfolgt, unter den Begriff einer „Aufwendung" (ähnlich Lehmann Nr. 1; dagegen Goldmann Nr. 4); soweit dies nicht der Fall, kommen für die Ansprüche gegenüber der Gesellschaft die allgemeinen Vorschriften über die Ansprüche auf Grund einer Geschäftsführung ohne Auftrag (BGB. §§ 683 ff.) oder über das etwa zwischen dem Zahlenden und der Gesellschaft zu grund liegende besondere Vertragsverhältnis zur Anwendung. So-

weit der Gesellschafter auf Grund seiner Gesamthaftung gezwungen wurde, die Schuld der Gesellschaft zu bezahlen, folgt der Anspruch auf vollen Ersatz auch daraus, daß die Gesellschaft verpflichtet ist, den einzelnen Gesellschafter gegen eine (auf diesem Weg mittelbar erfolgte) Erhöhung seiner Einlage zu schützen (BGB. § 707; vgl. auch § 128 Anm. II b. Über den Ersatz von Aufwendungen bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch:

§ 256: „Wer zum Ersatze von Aufwendungen verpflichtet ist, hat den aufgewendeten Betrag oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind, den als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen. Sind Aufwendungen auf einen Gegenstand gemacht worden, der dem Ersatzpflichtigen herauszugeben ist, so sind Zinsen für die Zeit, für welche dem Ersatzberechtigten die Nutzungen oder die Früchte des Gegenstandes ohne Vergütung verbleiben, nicht zu entrichten."

§ 257: „Wer berechtigt ist, Ersatz für Aufwendungen zu verlangen, die er für einen bestimmten Zweck macht, kann, wenn er für diesen Zweck eine Verbindlichkeit eingeht, Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Ist die Verbindlichkeit noch nicht fällig, so kann ihm der Ersatzpflichtige, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten."

b. **Verzinsungspflicht** der Gesellschaft. Der § 110 Abs. 2 HGB. wiederholt nur eine bereits im BGB. § 256 enthaltene Bestimmung (D. 83). Der Zinssatz beträgt 5% (§ 352 Abs. 2), falls nichts anderes vereinbart ist (§ 109).

c. **Vorschießungspflicht** der Gesellschaft. Der geschäftsführende Gesellschafter ist berechtigt, für die zur Geschäftsführung erforderlichen Aufwendungen (soweit er sie aus seinem Privatvermögen und nicht aus der Gesellschaftskasse entnehmen soll) Vorschuß von der Gesellschaft zu fordern (BGB. §§ 713, 669).

II. **Verluste.** Aufwendungen sind die freiwilligen Opfer, Verluste die unfreiwilligen Einbußen. Die letzteren sind nur dann zu ersetzen, wenn der Gesellschafter sie entweder unmittelbar durch seine Geschäftsführung erleidet, oder wenn sie eintreten infolge von Gefahren, die untrennbar mit der Geschäftsführung verbunden sind. Über den Inhalt der Pflicht zum Schadensersatz bestimmt BGB. §§ 249 ff. Unter „Verlusten" sind nicht nur Einbußen an Sachen, sondern auch Verletzungen der Person (P. 986; z. B. infolge Eisenbahnunfalls auf einer Geschäftsreise, CosackHR. § 108 I 6 a) und sonstige Zufügung eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, verstanden; über die Art und Beschränkung des Ersatzes in den letzteren Fällen vgl. BGB. §§ 253, 847.

III. **Ersatzberechtigter.** Auch ein nicht geschäftsführender Gesellschafter ist zum Verlangen auf Ersatz etwaiger Aufwendungen berechtigt. Nach BGB. §§ 683, 679 kommt sogar ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn nicht in Betracht, wenn ohne jene Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde. Der Ersatzanspruch kann auch während bestehender Gesellschaft geltend gemacht werden (ROH. 12 274, 23 195, RG. 31 141).

IV. **Ersatzverpflichteter** ist die Gesellschaft. Aus der ausdrücklichen Erwähnung nur der Gesellschaft als der Ersatzverpflichteten ist nach herrschender Meinung zu schließen, daß die Erhebung eines unmittelbaren Anspruchs gegen Mitgesellschafter auf anteilige Zahlung während bestehender Gesellschaft ausgeschlossen werden sollte (ROH. 13 145, RG. 59 113; vgl. jedoch § 128 Anm. II a 3, 4).

V. **Inhalt des Schuldverhältnisses.** Die Ersatzforderung gegenüber der Gesellschaft ist zwar eine mit dem Gesellschaftsverhältnis in engem Zusammenhang stehende und daher keine reine Gläubigerforderung (oben Anm. IV). Dennoch steht sie selbständig neben anderen Forderungen aus dem Gesellschaftsverhältnis und bleibt daher insbesondere selbst nach Auflösung der Gesellschaft selbständig neben der Forderung auf einen Anteil am Gesellschaftsvermögen bestehen (RG. 31 143, BGB. § 733 Abs. 1), vorbehaltlich etwaiger Einwendungen aus dem zugrund liegenden Gesellschaftsvertrag (oben Anm. IV) und der sich aus einer etwa schwebenden Liquidation ergebenden Beschränkungen (§ 128 Anm. II a 3, 4). Sie ist auf besonderem Konto zu buchen. Wird sie aber dem ersatzberechtigten Gesellschafter mit Bewilligung der übrigen Gesellschafter auf sein Kapitalkonto (§ 120 Anm. II) gutgeschrieben, so wird man

hierin in der Regel eine gewollte Umwandlung in eine Einlageforderung finden müssen, indem im Austausch gegen die Tilgung der bisherigen Ersatzforderung eine entsprechende Erhöhung der Vermögenseinlage tritt (BGB. § 364 Abs. 1); die Ersatzforderung büßt dann ihre bisherige Selbständigkeit ein (dagegen RG. 31 143, Staub Anm. 2), und die erhöhte Vermögenseinlage unterliegt fortan den für Einlagen gegebenen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages und des Gesetzes, namentlich z. B. bezüglich Berechnung der Anteile am Gesellschaftsvermögen, Vorwegverzinsung aus dem Jahresgewinn und Übertragbarkeit.

III. Pflichtverletzungen (§§ 111—113).

§ 111.

Verzögerung der Einzahlung oder Geldablieferung. Unbefugte Entnahme.

Ein Gesellschafter, der seine Geldeinlage nicht zur rechten Zeit einzahlt oder eingenommenes Gesellschaftsgeld nicht zur rechten Zeit an die Gesellschaftskasse abliefert oder unbefugt Geld aus der Gesellschaftskasse für sich entnimmt, hat Zinsen von dem Tage an zu entrichten, an welchem die Zahlung oder die Ablieferung hätte geschehen sollen oder die Herausnahme des Geldes erfolgt ist.

Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

ADH. Art. 95. **Entw. I** § 100. **Entw. II** § 109.

I. **Verspätete Einzahlung einer Geldeinlage.**

a. **Geldeinlage.** Einlage vgl. § 105 Anm. I b. Unter „Geldeinlage" ist nicht das Gleiche zu verstehen wie unter „durch Barzahlung zu leistende Einlage" in § 195; vielmehr ist der Begriff ein weiterer und ist dem der „Geldzahlung" in GmbHG. (vgl. § 195 Anm. IV d) gleichzustellen. Ein Geldeinlageversprechen liegt daher z. B. auch dann vor, wenn Zahlung in ausländischer Währung zugesagt ist (vgl. BGB. § 244).

b. **Einzahlung.** Die Übernahme einer Verpflichtung zum Eintritt als Gesellschafter unter Zahlung einer Einlage gibt dem Vertragsgegner nur das Recht, Zahlung an die künftige Gesellschaft zu fordern (RG. 39 169; vgl. ROH. 25 161).

c. **Nicht zur rechten Zeit.** Dies schließt den Fall ein, daß die Zahlung überhaupt abgelehnt wird.

II. **Verspätete Ablieferung eingenommenen Gesellschaftsgeldes an die Gesellschaftskasse.**

a. **Eingenommenes Gesellschaftsgeld** ist das dem Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Vertreter der Gesellschaft behufs Eigentumserwerbs durch letztere übergebene. Unerheblich ist, ob das Geld bereits Eigentum der Gesellschaft geworden war oder nicht.

b. **Ablieferung an die Gesellschaftskasse.** Nur die tatsächliche Ablieferung genügt, nicht bereits die bloße Buchung. Über die Ablieferungspflicht bestimmt für geschäftsführende Gesellschafter der nach BGB. § 713 „soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt" anwendbare § 667 BGB.: „Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben."

c. **Nicht zur rechten Zeit.** Vgl. Anm. I c. Unerheblich ist, ob die Ablieferung aus eigennütziger Absicht oder ob sie ohne eine solche Absicht unterbleibt (D. 83).

III. **Unbefugte Geldentnahme aus der Gesellschaftskasse** für den Gesellschafter.

a. **Geldentnahme.** Unter „Geld" sind nicht nur deutsches Geld, Reichskassenscheine und zugelassene Noten deutscher Banken, sondern auch andere im Verkehr gleichstehende Zahlungsmittel zu begreifen, wie z. B. ausländisches Geld.

b. **Unbefugt.** Der Gesellschafter handelt unbefugt nicht nur, wenn er gegen eine strafrechtliche, sondern auch wenn er gegen eine zivilrechtliche Vorschrift verstößt. Auch braucht kein aus-

drückliches gesetzliches Verbot zu bestehen, sondern es genügt der Mangel einer vertraglichen oder gesetzlichen Ermächtigung. — Ein geschäftsführender Gesellschafter, der selbständig handlungsberechtigt ist, darf (seinen Mitgesellschaftern gegenüber) sich wegen seiner fälligen Forderung an die Gesellschaftskasse unmittelbar durch Entnahme befriedigen, wenn kein anderer geschäftsführender Gesellschafter widerspricht (§ 115) und die Entnahme derart ist, daß der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft sie mit sich bringt (§ 116). Unbefugt ist jede Entnahme, die über die in § 122 (oder in der entsprechenden Vertragsbestimmung) bestimmte Grenze hinausgeht. Unbefugt ist daher namentlich jede unter Überschreitung jener Grenze und ohne Einwilligung sämtlicher Gesellschafter erfolgte Bezahlung von Privatschulden eines Gesellschafters durch Entnahme von Geld aus der Gesellschaftskasse. Eine derartige Bezahlung ohne gleichzeitigen Empfang einer vollwertigen Gegenleistung enthält eine unentgeltliche Verfügung seitens der Gesellschaft (RG. 38 7). Der Gesellschafter ist (mangels gegenteiliger Bestimmung durch Vertrag oder Gesetz) nicht befugt, als Vertreter der Gesellschaft ein Rechtsgeschäft mit sich selbst vorzunehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht (BGB. § 181). Bei Anwendung der letzteren Ausnahme ist unerheblich, ob es sich um eine Verbindlichkeit der Gesellschaft oder des Gesellschafters handelt (Planck[3] § 181 Anm. 1). Ein Gesellschafter, der sich rechtswidrig bewegliche, der Gesellschaft gehörige Vermögensstücke zueignet, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, handelt hierbei nicht als Vertreter der Gesellschaft (BGB. § 181), begeht vielmehr eine Unterschlagung (RGSt. 7 20). Ebenso der persönlich haftende Gesellschafter (selbverständlich auch der Kommanditist) einer Kommanditgesellschaft (RGSt. 18 123). Die Gesellschafter, wenn sie gemeinschaftlich handeln, dürfen jedoch das Gesellschaftsvermögen auch im Privatnutzen verwenden, soweit die Rechte der Gesellschaftsgläubiger nicht entgegenstehen (RGSt. 7 20). Auch nach Auflösung der Gesellschaft, solange noch ein Gesellschaftsvermögen fortbesteht (§ 156 Anm. IV, § 158 Anm. II c), kann ein einzelner Gesellschafter Unterschlagung an Sachen begehen, die zum Gesellschaftsvermögen gehören (RGSt. 27 12). Ob ein Gesellschafter, der namens der Gesellschaft fremde Wertpapiere verpfändet und diese hierdurch unterschlägt, als Vertreter der Gesellschaft handelt, vgl. § 125 Anm. I d 3. Eine unbefugte Entnahme wird durch Buchung oder durch Zurücklassung einer Quittung oder eines Schuldscheins nicht zu einer befugten (Staub Anm. 2).

c. **Für sich.** Unter den § 111 fällt nur eine unbefugte Entnahme für den Entnehmenden. Eine solche liegt aber auch dann vor, wenn der Entnehmende das entnommene Geld dazu verwendet, um eine unter Überschreitung seiner Geschäftsführungsbefugnis namens der Gesellschaft eingegangene Verpflichtung zu tilgen, selbst wenn die Gegenleistung des Dritten in das Gesellschaftsvermögen gelangt. In solchem Fall kann der Entnehmende gegenüber der Zahlungsklage der übrigen Gesellschafter die Aushändigung der Gegenleistung an ihn nicht bereits Zug um Zug gegen Zahlung, sondern erst nach erfolgter Zahlung fordern (RG. 54 238).

IV. **Entsprechende Anwendung auf ähnliche Fälle** ist hier, wie allgemein, zulässig und sollte nicht ausgeschlossen werden (vgl. P. 183). Sie ist um so mehr zuzulassen, als einige ähnliche Fälle ohnedies unter HGB. § 353 oder BGB. §§ 284 Abs. 2, 668 (713) fallen können, und eine Beschränkung dieser Bestimmungen durch § 111 nicht beabsichtigt ist. Insbesondere bestimmt für geschäftsführende Gesellschafter der nach BGB. § 713 „soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt" anwendbare § 668 BGB.: „Verwendet der Beauftragte Geld für sich, das er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen."

V. **Zinszahlungspflicht.** Die Höhe der zu entrichtenden Zinsen beträgt 5% (§ 352 Abs. 2). Die Zinsforderung steht der Gesellschaft, nicht den übrigen Gesellschaftern zu. Die Pflicht zur Zinszahlung ist sonst als Regel abhängig von dem Eintreten eines Verzuges (§ 353 Anm. I a) oder von dem Vorliegen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts (§ 353 Anm. I b). Für die Anwendung des § 111 ist es jedoch unerheblich, ob einer jener Fälle vorliegt oder nicht. Die alleinige Tatsache der Nichtzahlung, der Nichtablieferung oder der Herausnahme in den Fällen des § 111 verpflichtet den Gesellschafter zur Zinszahlung seit dem Tage, an welchem jene Tatsache eingetreten ist; namentlich ist keine Mahnung erforderlich.

VI. **Sonstige Folgen der Handlung.** Der § 111 Abs. 2 hebt (entsprechend dem § 288 Abs. 2 BGB.) besonders hervor, daß die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen sein soll. Auf den zu gewährenden Schadensersatz sind die Zinsen anzurechnen. Selbstverständlich werden auch sonstige Folgen der unter § 111 Abs. 1 fallenden Unterlassung oder Handlung nicht ausgeschlossen. So gibt die Nichteinzahlung, die Nichtablieferung oder die Entnahme unter Umständen einen wichtigen Grund (D. 84) zu vorzeitiger Auflösung der Gesellschaft (§ 133), zur Ausschließung des Gesellschafters (§ 140), zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (§ 117) oder Vertretungsbefugnis (§ 127). So besteht neben dem Anspruch auf Schadensersatz in der Regel der Anspruch auf Erfüllung, z. B. auf bare Rückerstattung des unbefugt entnommenen Geldes (ROH. 24 49); nicht genügt die Zustimmung des Entnehmenden zu einer entsprechenden Belastung seines Kapitalkontos (RG. 3 59). So können endlich auch strafrechtliche Folgen aus den in § 111 erwähnten Pflichtverletzungen fließen.

§ 112.

Verbot von Sondergeschäften.

Ein Gesellschafter darf ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter Theil nehmen.

Die Einwilligung zur Theilnahme an einer anderen Gesellschaft gilt als ertheilt, wenn den übrigen Gesellschaftern bei Eingehung der Gesellschaft bekannt ist, daß der Gesellschafter an einer anderen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter Theil nimmt, und gleichwohl die Aufgabe dieser Betheiligung nicht ausdrücklich bedungen wird.

ADH. Art. 96. **Entw. I** § 101. **Entw. II** § 110.

I. **Verbot.** Vgl. § 60 Anm. I.

a. **Gesetzgeberischer Grund** der Bestimmung ist die Absicht, den Wettbewerb des einzelnen Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft zu beschränken, nicht etwa (wie z. B. bei den häufigen vertraglichen Verboten privaten Börsenspiels) die Befürchtung, der Gesellschafter könnte durch die anderweitigen Geschäfte sein Vermögen verringern, was auf die Gesellschaft zurückwirken könne (P. 988), auch nicht der Gesichtspunkt, daß der Gesellschafter durch Eigenhandel einen Teil seiner der Gesellschaft zu widmenden Arbeitszeit ihr entziehe (P. 184). Aus der engen Begrenzung des Verbots darf nicht der Gegenschluß gezogen werden, daß jedes nicht unter dies Verbot fallende Geschäftemachen oder Teilnehmen an Gesellschaften erlaubt sei. Auf ein solches ist zwar § 113 nicht anwendbar; unter Umständen kann aber auch aus einem solchen ein wichtiger Grund zur Auflösung der Gesellschaft, Ausschließung des Gesellschafters oder Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht (§§ 133, 140, 117, 127) hergeleitet werden. Einen Fall, in welchem nach Abschluß eines Gesellschaftsvorvertrages ein Vertragschließender von einem dritten Verkäufer sich eine Provision für den Abschluß des im Vorvertrag in Aussicht genommenen Kaufs durch die Gesellschaft ausbedungen hatte, s. in Bolze 7 Nr. 630.

b. **Jedem Gesellschafter** gegenüber gilt das Verbot, ohne Unterschied, ob er an der Geschäftsführung teil hat oder nicht, ob er Kapital oder nur Arbeitskraft beiträgt (M. 55).

c. **Inhalt des Verbots.**

1. Geschäftmachen ist (entsprechend der Bestimmung für Handlungsgehilfen, § 60) nur insoweit verboten, als dies in dem Handelszweig der Gesellschaft erfolgt. — In § 60 ist hinzugefügt „für eigene oder fremde Rechnung". Ebenso erwähnte Art. 96 ADH. „für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten". Der § 112 Abs. 1 (dessen Inhalt tunlichst mit dem des § 60 übereinstimmen sollte; D. 84) trifft beide Fälle, auch ohne daß beide ausdrücklich hervorgehoben sind. Dies ergibt sich auch aus der Anführung des § 236 Abs. 2 (wo beides erwähnt ist) in § 326 Abs. 2, zusammengehalten damit, daß zugleich

§ 326 Abs. 2 auf das in § 326 Abs. 1 Satz 1 enthaltene, mit § 112 Abs. 1 übereinstimmende Verbot Bezug nimmt. — Verboten sind Geschäfte sowohl in eigenem wie in fremdem Namen. Ersteres einschließlich des Geschäftmachens als Kommissionär und als unbeschränkt haftender Gesellschafter einer stillen Gesellschaft (unten zu 2). Letzteres einschließlich des Geschäftmachens als Agent und als Angestellter, z. B. Handlungsgehilfe, Vorsteher, Geschäftsführer. — Das verbotene „Geschäftmachen" umfaßt nicht nur das Abschließen, sondern auch die Vermittelung von Geschäften. Andererseits ist der Begriff zu beschränken auf ein Geschäftmachen in der Stellung eines Handeltreibenden; zulässig sind daher Geschäfte zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse, z. B. die gewöhnlichen Geschäfte behufs Anlegung des eigenen Vermögens (RG. 24 VI 89 JW. 344⁴, vgl. auch Str. 56 157, KB. 73).

2. Teilnahme an einer gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter. Verboten ist nur eine Teilnahme an einer gleichartigen Handelsgesellschaft, d. h. an einer bezüglich des Gegenstandes des Geschäftsbetriebes (= Handelszweiges) gleichartigen (P. 184, ROH. 18 228; EGHGB. Art. 27 verglichen mit ADH. Art. 232). Entscheidend für die Bestimmung der Gleichartigkeit ist (oben Anm. I a), ob eine Wahrscheinlichkeit besteht, daß beide Gesellschaften in Wettbewerb treten könnten. Verboten ist nicht jede Teilnahme an einer gleichartigen Handelsgesellschaft, sondern nur eine Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter, nicht daher die Teilnahme als Kommanditist, Aktionär, stiller Gesellschafter, Gesellschafter mit beschränkter Haftung. Über den Begriff der Handelsgesellschaft vgl. § 6 Anm. I a 1. Das auf die Teilnahme an einer gleichartigen Handelsgesellschaft bezügliche Verbot des § 112 ist daher beschränkt auf die Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter an einer oHG., einer KG. und einer KAG. Für die stille Gesellschaft bezeichnet das HGB. den unbeschränkt haftenden Gesellschafter nicht mit den Worten „persönlich haftender Gesellschafter", sondern als „Inhaber des Handelsgeschäfts". Die Teilnahme an einer stillen Gesellschaft als unbeschränkt haftender Gesellschafter fällt daher nicht unter das Verbot der Teilnahme an einer gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter, sondern unter das Verbot des Geschäftmachens im Handelszweig der Gesellschaft. Mithin ist in diesem Fall § 112 Abs. 2 nicht anwendbar.

d. Dauer. Da der Gesichtspunkt einer Verhinderung des Wettbewerbs entscheidend ist (oben Anm. I a), so erlischt das Verbot mit der Auflösung der Gesellschaft, auch wenn die Liquidation noch fortdauert (§ 156, P. 4543, 4640, ROH. 21 145). Aus demselben Grund ist es nicht zu beziehen auf bloße Vorbereitungsgeschäfte für einen demnächst nach Aufhören der Gesellschaftereigenschaft aufzunehmenden Wettbewerb (vgl. § 60 Anm. I b). Als ein solches Vorbereitungsgeschäft wäre auch der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages anzusehen, in dem der Zeitpunkt des Beginns der neuen Gesellschaft auf die Zeit nach Aufhören der alten Gesellschaft festgesetzt ist. — Über die Grenzen der Zulässigkeit vertraglicher Beschränkung des Wettbewerbs für die Zeit nach Aufhören der Eigenschaft als Gesellschafter vgl. § 74 Anm. I b, VI.

II. **Einwilligung.** Vgl. § 60 Anm. II.

a. **Besondere Erteilung (§ 112 Abs. 1).** Aus § 112 Abs. 1 („ohne Einwilligung") geht hervor, daß jede Einwilligung der übrigen Gesellschafter das Verbot aufhebt, und zwar ganz oder teilweise je nach dem Inhalt der Einwilligung. Dasselbe würde schon aus § 109 folgen. Die Einwilligung muß von „den anderen", d. h. allen anderen Gesellschaftern, einschließlich der nichtgeschäftsführenden und nichtvertretungsermächtigten, bzw. dem einzigen anderen Gesellschafter erteilt sein (unten Anm. II b 2). Auch eine stillschweigende Erteilung kann unter Umständen genügen. Sie liegt jedoch nicht bereits in der Kenntnis davon, daß der künftige Gesellschafter bisher Geschäfte in dem Handelszweig der Gesellschaft machte, und dem Nichtausbedingen des Aufhörens (unten Anm. II b 1); die Gesellschafter konnten annehmen, daß jene Geschäftstätigkeit mit dem Eintritt in die neue Gesellschaft aufgegeben werden würde. Auch liegt eine stillschweigende Einwilligung nicht bereits in der Nichtgeltendmachung von Ansprüchen während der dreimonatlichen Verjährungszeit, zumal sämtliche Gesellschafter ein

willigen müssen, aber Ansprüche in der Regel nur durch eine Mehrheit erhoben werden können.

b. **Unterstellte Erteilung** (§ 112 Abs. 2: „gilt als erteilt").

1. **Teilnahme an einer anderen Gesellschaft.** Der § 112 Abs. 2 bezieht sich (entsprechend dem § 60 Abs. 2) nur auf die eine (oben Anm. I c 2 behandelte), nicht auch auf die andere (oben Anm. I c 1 behandelte) verbotene Tätigkeit. Nach dem Nürnberger Entwurf erster Lesung (Art. 95 Abs. 2) sollte eine Genehmigung der anderen Gesellschafter schon dann anzunehmen sein, wenn ihnen bei Eingehung der Gesellschaft bekannt war, daß der Gesellschafter Geschäfte in dem Handelszweig der Gesellschaft betreibe oder an einer gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter teilnehme, und gleichwohl die Aufgabe des Geschäfts oder der Teilnahme an der anderen Gesellschaft nicht ausdrücklich bedungen worden ist. Die vorstehend gesperrt gedruckten Worte, die gerade den im § 637 II, 8 LR. allein behandelten Fall betreffen, sind aber in zweiter Lesung (P. 988) gestrichen worden. Der § 112 Abs. 2 spricht allgemein von der Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter „an einer anderen Gesellschaft", enthält mithin nicht die Beschränkung des Abs. 1 auf eine „Handelsgesellschaft" und auf eine „gleichartige". Die Unterstellung des § 112 Abs. 2 wird daher selbst in Fällen angewendet werden können, die nicht unter das Verbot des Abs. 1 fallen, aber in denen aus anderen Gründen (vgl. Anm. I a) erheblich sein kann, ob die übrigen Gesellschafter in die fortgesetzte Teilnahme an der Gesellschaft gewilligt haben.

2. **Den übrigen Gesellschaftern,** d. h. allen übrigen Gesellschaftern (P. 187). Als Meinung der Reichstagskommission wurde im Einverständnis mit der Regierung ausdrücklich festgestellt, daß §§ 112, 113 auch Anwendung finden, wenn die Gesellschaft nur aus 2 Mitgliedern bestehe (KB. 55). Es kann nicht genügen, daß nur eine so große Zahl der Gesellschafter Kenntnis hatte, daß sie bei Fassung eines Beschlusses gemäß § 113 Abs. 2 den Ausschlag geben würden (ebenso Staub Anm. 4; dagegen Goldmann Nr. 7). Denn nicht nur die Folgen des § 113, sondern auch andere, von dem einzelnen Nichteinwilligenden geltend zu machende Folgen können aus einer Zuwiderhandlung gegen das Verbot des § 112 Abs. 1 entstehen (§ 113 Anm. I).

3. **Bekannt.** Das Kennenmüssen genügt nicht, um die Unterstellung des § 112 Abs. 2 zu begründen.

§ 113.

Folgen der Übertretung des Verbots.

Verletzt ein Gesellschafter die ihm nach § 112 obliegende Verpflichtung, so kann die Gesellschaft Schadensersatz fordern; sie kann statt dessen von dem Gesellschafter verlangen, daß er die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Ueber die Geltendmachung dieser Ansprüche beschließen die übrigen Gesellschafter.

Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem die übrigen Gesellschafter von dem Abschlusse des Geschäfts oder von der Theilnahme des Gesellschafters an der anderen Gesellschaft Kenntniß erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.

Das Recht der Gesellschafter, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, wird durch diese Vorschriften nicht berührt.

ADH. Art. 97. **Entw. I § 102.** **Entw. II § 111.**

I. **Folgen der Übertretung des Verbots.** Vgl. § 61 Anm. I. Der § 113 findet auch auf eine Gesellschaft von nur 2 Mitgliedern Anwendung (KB. 55). Die in § 113 Abs. 1 ausgesprochenen Folgen sind nicht die einzig möglichen. Von den Umständen des Einzelfalls ist es abhängig, ob daneben noch andere Wirkungen eintreten können. So ist z. B. aus solchem Grund die Auflösung der Gesellschaft auf Antrag eines einzelnen Gesellschafters (§ 113 Abs. 4, § 133) möglich; ebenso auf Antrag aller übrigen Gesellschafter die Ausschließung des Zuwiderhandelnden (§ 140, D. 84) oder die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht (§§ 117, 127). Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 256 CPO. kann ein einzelner Gesellschafter auch die gerichtliche Feststellung der Unzulässigkeit einer bestimmten für die Zukunft beabsichtigten, gegen § 112 HGB. verstoßenden Handlung verlangen. Auch auf Unterlassung für die Zukunft kann der einzelne Gesellschafter klagen, soweit im Einzelfall Grund für eine solche Klage überhaupt gegeben ist (Völderndorff in Busch 1 282; vgl. ROH. 19 138). Zwecks Vorbereitung für den Entschluß über Ausübung des Eintrittsrechts hat ferner der zuwiderhandelnde Gesellschafter die Verpflichtung zur Rechnungslegung über die verbotswidrig abgeschlossenen Geschäfte (RG. 24 VI 89 JW. 344 [4] und Bolze 8 Nr. 543). Die in § 113 Abs. 1 angegebenen Rechte stehen der Gesellschaft (nicht den einzelnen Gesellschaftern) zu; in die Gesellschaftskasse fließt daher auch ein etwa gezahlter Schadensersatz, so daß auch der Zahlende hieran nicht weniger Anteil erhält als an sonstigen Teilen des Gesellschaftsvermögens.

II. **Eintrittsrecht.** Vgl. § 61 Anm. II.

III. **Geltendmachung der Ansprüche.** Die Geltendmachung kann nur erfolgen auf Beschluß der übrigen Gesellschafter. Es erschien nicht angemessen, die Geltendmachung dem Belieben jedes einzelnen Gesellschafters zu überlassen, und es handelte sich hierbei auch um keine Frage der Geschäftsführung (D. 84). Für den zu fassenden Beschluß kommen daher die Bestimmungen zur Anwendung, die bei der betreffenden Gesellschaft für die Fassung sonstiger von den Gesellschaftern zu fassender Beschlüsse gelten (§ 119); nur hat derjenige, gegen den ein Vorgehen in Frage steht, keine Stimme bei der Beschlußfassung. Bei der auf Grund des Beschlusses erfolgenden Geltendmachung, und zwar nicht minder bei Abgabe einer etwaigen Wahlerklärung (Goldmann Nr. 12; dagegen Staub Anm. 2) als bei einem etwaigen Rechtsstreit, wird die Gesellschaft von den zu ihrer Vertretung ermächtigten (nicht von den nur mit Geschäftsführung beauftragten) Personen vertreten.

IV. **Verjährung.** Vgl. § 61 Anm. III. „Die" übrigen Gesellschafter haben erst Kenntnis erlangt, wenn „alle" Kenntnis erlangt haben. Dies entspricht dem § 112 Abs. 2 (§ 112 Anm. II b 2). Auch die dreimonatliche Verjährung ergreift nur diejenigen Ansprüche, die — sei es infolge Geschäftmachens, sei es infolge Teilnahme an einer Gesellschaft — bei Beginn der Verjährung bereits entstanden waren; für neue, wenn auch aus demselben Rechtsverhältnis entstehende Ansprüche läuft die Verjährungsfrist von neuem (D. 84).

IV. Geschäftsführung (§§ 114—119).

§ 114.

Geschäftsführungsbefugnis.

Zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft sind alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet.

Ist im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen.

ADH. Art. 102 Abs. 1, 99 Satz 1. **Entw. I** § 103. **Entw. II** § 112.

I. Geschäftsführung.
II. Übertragung der Geschäftsführung.
III. Weiterübertragung.
IV. Vergütung für Geschäftsführung.
V. Haftung für Geschäftsführung.
VI. Rechnungslegung, Auskunfterteilung.

I. **Geschäftsführung.** Die §§ 114—117 HGB. treffen über die Geschäftsführung Bestimmungen, die in mehreren Beziehungen (zusammengestellt in D. 85) von den allgemeinen Vorschriften des BGB. §§ 709 ff. abweichen. „Geschäftsführung" und „Vertretung" (§§ 125 ff.) sind unterschieden. Die erstere betrifft das innere Verhältnis, die letztere das Verhältnis nach außen. Recht und Pflicht zur Geschäftsführung kann im Einzelfall ohne eine Ermächtigung zur Vertretung bestehen. Auch der umgekehrte Fall ist denkbar, wird indessen selten vorkommen. Der § 114 Abs. 1 bestimmt nicht nur ein Recht (vgl. Bolze **13** Nr. 498), sondern auch eine Pflicht zur Geschäftsführung. Auch die Übertragung der Geschäftsführung gemäß § 114 Abs. 2 befreit diejenigen Gesellschafter, denen sie übertragen ist, nicht von dieser Pflicht. Beides vorbehaltlich anderweiter Festsetzung durch den Gesellschaftsvertrag (§ 109). Zulässig ist z. B. eine Vertragsbestimmung, inhalts deren ein Gesellschafter zwar ein Recht aber keine Pflicht zur Geschäftsführung haben soll (RG. 24 IX 04 HoldheimsMSchr. **05** 47). Zur Geschäftsführung gehört auch die erforderliche Buchführung. Ob auch die nichtgeschäftsführenden Gesellschafter öffentlichrechtlich verantwortlich für die Buchführung sind, vgl. § 38 Anm. I a 1. — Das „alle" in § 114 Abs. 1 erhält seine genauere Bedeutung erst durch das „jeder" in § 115 Abs. 1; es ist daher kein anderer Sinn damit verbunden als mit dem entsprechenden „jeder" in § 125 Abs. 1.

II. **Übertragung der Geschäftsführung.** Eine besondere Übertragung der Geschäftsführung ist an sich nicht erforderlich (§ 114 Abs. 1), sondern sie ist nur eine im Gesetz hervorgehobene Form des Ausschlusses einzelner Gesellschafter von der Geschäftsführung. Die Übertragung läßt daher nicht nur das Recht, sondern gleichzeitig die Pflicht der Geschäftsführer zur Geschäftsführung (§ 114 Abs. 1) unberührt. Werden bestimmte Gesellschafter ausdrücklich von der Geschäftsführung ausgeschlossen, so liegt hierin eine Übertragung der Geschäftsführung an die übrigen. Zulässig ist die Ausschließung aller Gesellschafter von der Geschäftsführung; die nötige Tätigkeit kann z. B. Angestellten übertragen sein. Wer von der Geschäftsführung (§ 116 Abs. 1) ausgeschlossen ist, darf erst recht nicht die weitergehenden, in § 116 Abs. 2 und 3 erwähnten Rechte ausüben. — Die Übertragung, um die Wirkung einer Ausschließung anderer zu haben, muß „im Gesellschaftsvertrage" erfolgt sein, d. h. durch einen das Recht auf ausschließliche Geschäftsführung einräumenden Vertrag, nicht nur durch tatsächliche Überlassung ohne Bindung für die Dauer, auch nicht durch einen nach Absicht der Parteien jederzeit kündbaren Auftrag (Bolze 2 Nr. 1095). Unerheblich ist, ob jener Vertrag der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag oder eine spätere Vereinbarung sämtlicher Gesellschafter ist (vgl. § 109 Anm. II, D. 85). Dahin ist P. 192 zu beschränken, obgleich die Bestimmung im Anschluß an art. 1856 code civil getroffen ist (M. 55), wo zwischen dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag und einer späteren Vereinbarung unterschieden wird.

III. **Weiterübertragung.** Der geschäftsführende Gesellschafter ist in der Regel nicht berechtigt, die Befugnis zur Geschäftsführung weiter zu übertragen (BGB. §§ 713, 664, RG. 2 32); vielmehr ist die Befugnis zur Geschäftsführung ein streng persönliches Recht, soweit vertraglich nichts anderes vereinbart ist. Zulässig erscheint jedoch, daß (entsprechend wie bei der Gesamtvertretung nach § 125 Abs. 2 Satz 2) die zur Gesamtgeschäftsführung berechtigten Gesellschafter einzelnen von ihnen die Befugnis zur selbständigen Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften übertragen.

IV. **Vergütung für Bemühungen bei dem Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte.** Der Gesellschafter ist — mangels anderweiter Vertragsbestimmung — zur Geschäftsführung verpflichtet (§ 114 Abs. 1.) Wird ihm die Geschäftsführung ausdrücklich übertragen, so ist dies nur eine Form für den Ausschluß anderer, nicht aber die Aufbürdung einer Pflicht, die ohnedies nicht vorhanden wäre (oben Anm. II). Die bei der Geschäftsführung aufzuwendende Arbeit ist daher ein Beitrag (BGB. § 706 Abs. 3), den der Gesellschafter ohne besondere Vergütung zu leisten hat (RG. 17 IV 01 JW. 406[25]). Die ausdrückliche Bestimmung des Art. 93 Abs. 3 ADH.: „Für die Bemühungen bei dem Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte steht dem Gesellschafter ein Anspruch auf Vergütung nicht zu" ist nicht aufgenommen, weil sie selbstverständlich sei soweit die Tätigkeit zur Geschäftsführung gehört; soweit es sich dagegen um andere Dienste handele, namentlich um solche, zu denen der Gesellschafter kraft eines besonderen Berufs befähigt sei, erscheine ein allgemeiner Ausschluß jedes Vergütungsanspruchs nicht gerechtfertigt; es müsse

vielmehr der Beurteilung im einzelnen Fall überlassen bleiben, ob eine Vergütung für solche anderen Dienste als stillschweigend zugesichert zu erachten sei (D. 83). Kein Vergütungsanspruch wird daher im Zweifel zuzubilligen sein, wenn der betreffende Gesellschafter gerade zum Zweck der Beitragsleistung durch seine Arbeit, die besondere Kenntnisse voraussetzt, in die Gesellschaft aufgenommen worden ist (ROH. 3 174). Abgesehen von besonderen Bestimmungen oder von Verschiedenheiten, die nach den persönlichen Verhältnissen der einzelnen Gesellschafter, insbesondere Kränklichkeit und herannahendes Alter, als von Anfang an gewollt anzusehen sind, ist die Pflicht jedes Gesellschafters zur Arbeitsleistung für die Gesellschaft dadurch begrenzt, daß alle Gesellschafter eine gleiche Arbeitsleistung aufzuwenden haben (BGB. § 706 Abs. 1). Aus dem nahen Verhältnis offener Handelsgesellschafter zueinander ist auch zu folgern, daß für eine Mehrarbeit, die einem Gesellschafter durch vorübergehende Behinderung eines anderen erwächst, keine besondere Vergütung zu zahlen ist. Erfüllt ein Gesellschafter böswillig oder grob fahrlässig nicht seine Pflicht zur Arbeitsleistung oder (§ 117) wird ihm wegen von ihm zu vertretender Gründe die Befugnis zur Geschäftsführung entzogen, so sind die übrigen nicht verpflichtet, ihre Arbeitsleistung zu erhöhen (BGB. § 707). Tun sie es aber, so ist der andere für verpflichtet zu erachten, sie für die mehr aufgewendete Zeit zu entschädigen (BGB. § 708; dagegen will nach früherem Recht ROH. 4 380 nur einen Ersatzanspruch im Fall der Anstellung eines besonderen Handlungsgehilfen zugestehen; dagegen auch Marcus KGBl. 01 52). — Etwa zu zahlende Vergütungen sind als Gläubigerforderung des Gesellschafters diesem auf Sonderkonto gutzuschreiben (§ 120 Anm. III a; vgl. § 110 Anm. V).

V. **Haftung für Geschäftsführung.**

a. **Das BGB.** bestimmt:

§ 708: „Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt."

§ 277: „Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit."

§ 276 Abs. 2: „Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden."

b. **Sorgfalt.** Die vorstehend angeführten Bestimmungen finden auf alle Gesellschafter, also auch auf die geschäftsführenden, Anwendung. Der § 708 BGB. ist nicht berührt durch HGB. § 347 (§ 347 Anm. IVd). Art. 94 Abs. 1 erwähnte „Fleiß und Sorgfalt". Der Begriff der „Sorgfalt" schließt den Fleiß nur insoweit ein, wie dieser behufs Bezeigung der für den Verkehr nötigen Vorsicht aufgewendet werden muß. Welchen Fleiß der Gesellschafter bei der Geschäftsführung anzuwenden hat, richtet sich nicht nach seinen Gewohnheiten in eigenen Angelegenheiten, sondern nach dem Grundsatz (BGB. § 706 Abs. 1), daß mangels anderer Vereinbarung die Gesellschafter gleiche Beiträge zu leisten haben.

c. **Aufrechnung von Vorteil gegen Schaden.** Der Art. 94 Abs. 2 ADH. bestimmte: „Er (der Gesellschafter) haftet der Gesellschaft für den Schaden, welcher ihr durch sein Verschulden entstanden ist. Er kann gegen diesen Schaden nicht die Vorteile aufrechnen, welche er der Gesellschaft in anderen Fällen durch seinen Fleiß verschafft hat." Diese Vorschrift über den Ausschluß der Aufrechnung ist als selbstverständlich fortgelassen (D. 82). Indessen kann der Gesellschafter gegen einen angerichteten Schaden diejenigen Vorteile aufrechnen, die er bei einem und demselben Geschäft für die Gesellschaft erzielt hat, da jedes Geschäft als Ganzes anzusehen ist und sich dessen Gesamtergebnis erst durch Aufrechnung von Einbuße und Vorteil herausstellt (P. 180).

d. **Verschärfung und Ausschluß der Haftung.** Der § 708 BGB. findet nicht Anwendung, und eine strengere Haftung tritt ein, soweit der Gesellschafter nicht „bei Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen", sondern darüber hinaus eigenmächtig handelt (vgl. P. 179). Die Schadensersatzpflicht fällt fort, wenn die übrigen Gesellschafter der schädigenden Handlung zugestimmt haben (M. 55).

VI. Rechnungslegung, Auskunfterteilung.

a. Voraussetzung der Rechenschafts- und Auskunftspflicht. Zur Anwendung kommt das Bürgerliche Gesetzbuch:

§ 713: „Die Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt."

§ 666: „Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen."

Bei Anwendung der vorstehenden Bestimmungen ist zu beachten, daß Auftraggeber die Gesellschaft ist, nicht etwa der einzelne nichtgeschäftsführende Gesellschafter. Die Rechte des letzteren sind — mangels einer anderweiten Vertragsbestimmung — durch HGB. § 118 geregelt. Nur die Gesellschaft (auf Grund eines gemäß HGB. § 119 zu fassenden Beschlusses) kann gemäß BGB. § 666 Rechnungslegung fordern (vgl. OLG. Marienwerder 24 X 02 OLGRspr. 8 80; ebenso Staub § 118 Anm. 7; dagegen Lehmann § 118 Nr. 8, Goldmann Nr. 11, § 118 Nr. 9 und nach früherem Recht ROH. 5 203; vgl. auch ROH. 16 48 über die Einrede des nichterfüllten Vertrages; die beiden Stellen, in denen im ADH. eine Pflicht des Gesellschafters bzw. der Gesellschaft zur Rechnungslegung erwähnt wurde, Art. 125 Nr. 2, Art. 130, sind infolge von Fassungsänderungen nicht in das HGB. übergegangen). Die §§ 713, 666 BGB. betreffen nur die aus einer Geschäftsführung folgende Rechenschaftspflicht. Daneben kann auch aus anderen Gründen ein Gesellschafter rechnungspflichtig sein, z. B. bei Übertretung des Verbots von Sondergeschäften (ROH. 3 50) oder Mißbrauch des Gesellschaftsvermögens für Privatzwecke.

b. Inhalt der Rechnungslegungspflicht. Vgl. § 384 Anm. Vc. Hierüber bestimmt BGB. § 259:

„Wer verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen, hat dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen und, soweit Belege erteilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen.

Besteht Grund zu der Annahme, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu im stande sei.

In Angelegenheiten von geringer Bedeutung besteht eine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids nicht."

Aus dem Gesellschaftsverhältnis ergibt sich, daß der geschäftsführende Gesellschafter in der Regel nicht für sich eine besondere Rechnung über die von ihm besorgten Geschäfte der Gesellschaft führt und gesonderte Belege aufbewahrt, sondern daß er nur dafür sorgt, daß auch die durch ihn abgeschlossenen Geschäfte in den über alle Geschäfte der Gesellschaft Auskunft gebenden Handelsbüchern der Gesellschaft mit gebucht und die Belege zu den Gesellschaftspapieren gebracht werden. Soweit der geschäftsführende Gesellschafter dieser Pflicht genügt hat, besteht daher daneben in der Regel keine besondere Rechnungslegungspflicht; ob jener Pflicht genügt ist oder ob in besonderen Fällen behufs vollständiger Aufklärung noch außerdem eine Aufklärung über einzelne Punkte billigerweise gefordert werden kann, ist nach der Lage des Einzelfalls zu entscheiden (vgl. P. 196, Str. 64 161, Steg. 3 266, 4 79, ROH. 19 346, 25 179, 345, RG. 30 21, OLG. Karlsruhe 19 X 86 ZHR. 37 542). — Bei Ausgaben, deren Empfänger nach der Geschäftsübung geheim bleiben und nicht durch den die Ausgabe bewirkenden Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern benannt werden sollte, braucht auch bei der Rechnungslegung der Empfänger nicht benannt zu werden (Bolze 13 Nr. 503); in solchem Fall ist die Empfangsquittung des mit der heimlichen Ausgabe betrauten Gesell-

schafters genügender Beleg; unberührt bleibt jedoch das Recht, gegenüber dem so Beauftragten nachzuweisen, daß er das empfangene Geld nicht bestimmungsgemäß verwendet habe. — Die Berichtigung einer falschen Rechnung kann verlangt werden (vgl. § 118 Anm. II d). Der geschäftsführende Gesellschafter, der Rechnung gelegt hat, ist seinerseits berechtigt, Anerkennung der Rechnung und Entlastung zu fordern (BGB. § 368, Bolze 12 Nr. 187).

§ 115.

Geschäftsführung durch mehr als einen Gesellschafter.

Steht die Geschäftsführung allen oder mehreren Gesellschaftern zu, so ist jeder von ihnen allein zu handeln berechtigt; widerspricht jedoch ein anderer geschäftsführender Gesellschafter der Vornahme einer Handlung, so muß diese unterbleiben.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß die Gesellschafter, denen die Geschäftsführung zusteht, nur zusammen handeln können, so bedarf es für jedes Geschäft der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter, es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist.

ADH. Art. 100, 102 Abs. 2. **Entw. I** § 104. **Entw. II** § 113.

I. **Einzelbefugnis bei Geschäftsführung mehrerer.** Für die offene Handelsgesellschaft gilt (abweichend von BGB. § 709) die Regel, daß jeder geschäftsführende Gesellschafter einzeln zu handeln (§ 116 Anm. II a) befugt ist, mag ihm die Geschäftsführung besonders übertragen sein (§ 114 Abs. 2) oder nicht (§ 114 Abs. 1). Nur hat jeder andere geschäftsführende (jedoch nicht ein nichtgeschäftsführender) Gesellschafter ein Widerspruchsrecht gegen beabsichtigte Handlungen: melior est conditio prohibentis. Der Widerspruch ist nur zu beachten, wenn er sich gegen eine einzelne oder bestimmte einzelne Handlungen richtet, nicht wenn er sich auf künftige und gänzlich unbestimmte Handlungen bezieht, da hierin eine unzulässige allgemeine Untersagung der Geschäftsführung liegen würde (Busch 18 151). Handelt der geschäftsführende Gesellschafter trotz Widerspruchs eines anderen, so greifen die Regeln über eine gegen den Willen des Geschäftsherrn erfolgende Geschäftsführung ohne Auftrag (BGB. §§ 678, 679) Platz. Daß im Einzelfall der Widerspruch dem Interesse der Gesellschaft schädlich ist, macht ihn nicht unwirksam (dagegen OLG. Hamburg 8 XII 84 ZHR. 35 230), sondern kann nur eine Schadensersatzpflicht des Widersprechenden unter besonderen Umständen zur Folge haben. Die Bestimmungen des § 115 gelten nur innerhalb des vertraglichen (§ 109) oder gesetzlichen (§ 116 Abs. 1) Umfanges der Geschäftsführungsbefugnis. Außerhalb desselben kommen die abweichenden Bestimmungen des § 116 Abs. 2 und 3 zur Anwendung. Hervorzuheben ist namentlich, daß nach § 116 Abs. 3 bei dem beabsichtigten Widerruf einer Prokura durch einen geschäftsführenden Gesellschafter kein Widerspruchsrecht eines anderen geschäftsführenden Gesellschafters besteht (§ 116 Anm. III). — Der § 115 will nur bestimmen, daß der geschäftsführende Gesellschafter innerhalb des Umfanges der Geschäftsführungsbefugnis keine Rechtspflicht zu vorheriger Befragung anderer Gesellschafter habe (P. 201). — Auch bei Anwendung des § 115 ist die darin allein geregelte Geschäftsführungsbefugnis auseinander zu halten von der Vertretungsmacht (§ 114 Anm. I).

II. **Gesamtgeschäftsführung.** Sie bildet bei offenen Handelsgesellschaften die Ausnahme und tritt nur ein, wenn eine besondere dahin getroffene Vereinbarung (§ 114 Anm. II: „im Gesellschaftsvertrage") vorliegt. Selbst wenn Gesamtgeschäftsführung vereinbart ist, tritt aber (abweichend von der gemeinbürgerlichen Gesellschaft, für die eine solche Ausnahme nicht vorgesehen ist) die Einzelbefugnis ein, wenn Gefahr im Verzug ist. „Gefahr" liegt nicht nur dann vor, wenn ein Schaden droht (was Lehmann Nr. 2, Goldmann Nr. 21 gegen Staub Anm. 7 annehmen), sondern auch, wenn bei einem bereits schwebenden Geschäft das Entgehen des erhofften Gewinns zu befürchten steht.

§ 116.

Umfang der Geschäftsführungsbefugnis.

Die Befugniß zur Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.

Zur Vornahme von Handlungen, die darüber hinausgehen, ist ein Beschluß sämmtlicher Gesellschafter erforderlich.

Zur Bestellung eines Prokuristen bedarf es der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter, es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist. Der Widerruf der Prokura kann von jedem der zur Ertheilung oder zur Mitwirkung bei der Ertheilung befugten Gesellschafter erfolgen.

ADH. Art. 99 Satz 2, 103 Abs. 1, 2, 104. **Entw. I** § 105. **Entw. II** § 114.

I. **Befugnis zur Geschäftsführung.** Gleichgültig, ob sie einem oder mehreren Gesellschaftern und ob sie den letzteren als Einzel- oder als Gesamtbefugnis zusteht. Zu beachten ist, daß § 116 nur die Geschäftsführungsbefugnis, nicht die Vertretungsmacht betrifft (§ 114 Anm. I), also nur die Frage, in welchen Fällen geschäftsführende Gesellschafter den übrigen (geschäftsführenden und nichtgeschäftsführenden) Gesellschaftern gegenüber berechtigt sind, ohne Rückfrage selbständig zu handeln, und in welchen anderen Fällen sie verpflichtet sind, zunächst einen Beschluß sämtlicher Gesellschafter einzuholen.

II. **Alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.**

a. **Alle Handlungen**, d. h. sowohl äußerliche, in die Erscheinung tretende Tätigkeiten ohne rechtliche Erheblichkeit (P. 989 f.) wie auch Rechtshandlungen. Vgl. § 49 Anm. I.

b. **Gewöhnliche** Betrieb. Die hier gebrauchte Redewendung ist ähnlich der in § 54 gebrauchten: „Die der Betrieb . . . . . gewöhnlich mit sich bringt." Vgl. § 54 Anm. II a 3. Die Befugnis erstreckt sich mithin nicht auf Handlungen von außergewöhnlicher Tragweite (ROH. 20 247). Zum gewöhnlichen Betrieb gehört nicht Erteilung und Widerruf einer Prokura; hierfür kommt daher nicht § 115 zur Anwendung; vielmehr enthält § 116 Abs. 3 besondere Bestimmungen. Die Erteilung einer Handlungsvollmacht der in § 54 Anm. I c 2 und 3 erwähnten Art wird in der Regel zum gewöhnlichen Betrieb gehören. Zum gewöhnlichen Betrieb gehört auch die Beantwortung einer Anfrage über die Borgwürdigkeit eines Dritten (RG. 20 194). Nicht zum gewöhnlichen Betrieb gehört die Aufnahme eines stillen Gesellschafters (§ 105 Anm. I f 3).

c. **Betrieb.** Vgl. § 49 Anm. II a.

d. **Des** Handelsgewerbes **der Gesellschaft.** Nicht allgemein eines „derartigen Handelsgewerbes", wie bei der Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten (§ 54 Anm. II a 2), geschweige überhaupt „eines Handelsgewerbes", wie bei der Vollmacht des Prokuristen (§ 49 Anm. II b).

e. **Handelsgewerbe.** Vgl. § 1 Anm. III a.

f. **Mit sich bringt.** Vgl. § 49 Anm. II d, § 54 Anm. II a 3. Nach BGB. §§ 713, 665 ist der geschäftsführende Gesellschafter berechtigt, von etwaigen ihm durch Gesellschaftsbeschluß (oder im Gesellschaftsvertrag) erteilten Weisungen abzuweichen, wenn er den Umständen nach (bei Anwendung der in eigenen Angelegenheiten geübten Sorgfalt und ohne grobe Fahrlässigkeit, BGB. §§ 708, 277) annehmen darf, daß diejenigen, welche die Weisung erteilt haben, bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würden. Vor der Abweichung hat jedoch der geschäftsführende Gesellschafter den Weisungserteilern Anzeige zu machen und deren Entschließung abzuwarten, es sei denn, daß mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

III. **Erteilung und Widerruf der Prokura.** (Im Verhältnis nach außen s. § 126 Anm. I c.) Zur Erteilung einer Prokura (§ 48 Anm. II) ist der einzelne geschäftsführende Gesellschafter zwar befugt, er ist aber — außer wenn Gefahr (§ 115 Anm. II) im Verzug — verpflichtet,

vorher die Zustimmung aller übrigen geschäftsführenden Gesellschafter einzuholen. Der Widerruf der Prokura (§ 52 Anm. Ia) kann dagegen durch jeden einzelnen der zur Erteilung oder zur Mitwirkung bei der Erteilung befugten Gesellschafter — also, mangels anderer vertraglicher Bestimmungen (RG. 2 34) und wenn geschäftsführende Gesellschafter überhaupt vorhanden sind, durch jeden einzelnen geschäftsführenden Gesellschafter — erfolgen, ohne daß den übrigen Gesellschaftern ein Widerspruchsrecht zusteht (§ 115 Anm. I; D. 86). Ist keiner von allen Gesellschaftern zur Geschäftsführung befugt, so verlangte Art. 104 Abs. 1 ADH. für die Erteilung der Prokura die Einwilligung aller Gesellschafter. Jetzt wird in einem solchen Fall für die Erteilung HGB. § 119 und für den Widerruf § 116 Abs. 3 Satz 2 anwendbar sein. War die Erteilung der Prokura wegen Gefahr im Verzug durch einen einzelnen geschäftsführenden Gesellschafter erfolgt, so ist dieser nach Beseitigung der Gefahr zu alsbaldigem Widerruf verpflichtet, soweit nicht inzwischen die Zustimmung der anderen beigebracht ist (LG. Dresden 13 I 87 ZHR. 35 230). — Über vertragliche Verpflichtungen zur Erteilung oder zum Nichtwiderruf der Prokura s. § 52 Anm. Ia. — Die Frage, ob ein von der Vertretungsmacht ausgeschlossener Gesellschafter zum Prokuristen der Gesellschaft bestellt werden kann, ist zu bejahen (§ 48 Anm. III); die Bestellung eines nicht von der Vertretungsmacht ausgeschlossenen Gesellschafters zum Prokuristen ist wirkungslos.

IV. **Sonstige über den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis hinausgehende Handlungen.** Für diese ist ein Beschluß (§ 119) sämtlicher, also auch der nichtgeschäftsführenden (D. 86; OLG. Bamberg 5 II 01 OLGRspr. 3 276), insbesondere auch derjenigen, denen die Geschäftsführung nach § 117 entzogen ist, erforderlich. Da § 115 Abs. 2 auf diesen Fall nicht anwendbar ist, so ist selbst bei Gefahr im Verzug ein einzelner Gesellschafter nicht zu eigenmächtigem Vorgehen befugt (ROH. 20 247), es sei denn in den zulässigen Grenzen einer Geschäftsführung ohne Auftrag (BGB. §§ 677 ff., 680).

§ 117.

Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis.

Die Befugniß zur Geschäftsführung kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung.

ADH. Art. 101. **Entw. I** § 106. **Entw. II** § 115.

I. **Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis auf Antrag der übrigen Gesellschafter.**

a. **Geschäftsführungsbefugnis.** Zu unterscheiden von Vertretungsmacht (§ 114 Anm. I; über deren Entziehung § 127).

1. Allgemeines. Für die Anwendung des § 117 ist es unerheblich (D. 86), ob es sich um eine durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Geschäftsführung (§ 114 Abs. 2) handelt oder nicht (§ 114 Abs. 1). [Abweichend § 712 Abs. 1 BGB. und der bisherige Art. 101 ADH.] Wesentlich ist aber, daß ein Recht zur Geschäftsführung vorliegt, nicht bloß ein tatsächlich geduldetes Handeln (§ 114 Anm. II). Wird die Geschäftsführungsbefugnis entzogen, so endet damit gleichzeitig auch die Geschäftsführungspflicht. Verzichten die übrigen Gesellschafter demnächst (ohne Schikane; BGB. § 226) auf die durch Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis erworbenen Rechte, so tritt damit auch die Geschäftsführungspflicht wieder in Kraft. — Der § 117 ist abänderbar durch Gesellschaftsvertrag (§ 109 Anm. II).

2. Wirkung der Entziehung auf Vertragsbestimmungen hinsichtlich der übrigen Gesellschafter. Wie die gegenüber einem Gesellschafter ausgesprochene Entziehung der Geschäftsführung auf die vertraglich festgesetzte Geschäftsführungsbefugnis der übrigen Gesellschafter oder einen vertraglich festgesetzten Geschäftsführungsausschluß wirkt, ist streitig. Zwar ist grundsätzlich der Ansicht Goldmanns Nr. 8 zuzustimmen, daß die

unterscheiden sei, ob die Beilegung einer Geschäftsführungsbefugnis an den Gesellschafter, dem sie nun entzogen ist (oder die Belassung der Geschäftsführungsbefugnis bei ihm unter Abweichung vom Gesetz hinsichtlich anderer Gesellschafter), nach dem Parteiwillen bedingend für die anderweite vertragliche Regelung der Geschäftsführungsbefugnis war oder nicht. Für die Regelfälle wird aber — da alle Teile eines gegenseitigen Vertrages einander zu bedingen pflegen — anzunehmen sein, daß sie bedingend war, und für diese Fälle ist dann der Ansicht Staubs Anm. 4 zu folgen, der die Vertragsbestimmung auch bezüglich der übrigen Gesellschafter in vollem Umfang hinfällig werden läßt.

3. Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis durch einstweilige Verfügung. Im HGB. ist nur die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis durch gerichtliche Entscheidung geregelt. Aber auch eine Übertragung (an einen nicht geschäftsführenden Gesellschafter oder an einen Dritten) durch gerichtliche einstweilige Verfügung ist zulässig (CPO. §§ 935, 940, 938, ROH. **16** 73) und wird insbesondere dann meist erforderlich werden, wenn infolge der Entziehung der Geschäftsführung kein geschäftsführender Gesellschafter mehr vorhanden sein würde. Die Vergütung für die Tätigkeit eines so bestellten Geschäftsführers ist im Verhältnis zu dem Geschäftsführer Gesellschaftsschuld; wird die einstweilige Verfügung demnächst als ungerechtfertigt aufgehoben, so sind die Antragsteller verpflichtet, der Gesellschaft das Gezahlte zu ersetzen oder sie von der Schuld zu befreien (RG. **22** 170; vgl. § 114 Anm. IV).

b. **Antrag der übrigen Gesellschafter.** Ebenso wie der entsprechende § 127 (KB. 55) findet § 117 Anwendung auch, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Mitgliedern besteht. Der Antrag ist im gewöhnlichen Streitverfahren, also durch Klage oder durch Antrag auf einstweilige Verfügung, zu stellen. Er muß von „den" übrigen, d. h. allen übrigen Gesellschaftern, einschließlich der nichtgeschäftsführenden (§ 112 Anm. IIb 2), ausgehen (vgl. auch nachstehend zu c), falls vertraglich nichts anderes vereinbart ist (§ 109). Da der in § 117 erwähnte Antrag eine nach außen (gegenüber dem Gericht) vorzunehmende Handlung, kein Beschluß ist, wie ihn § 119 voraussetzt, so kommen die Bestimmungen des § 119 nicht zur Anwendung. — Abweichend BGB. § 712 Abs. 1.

c. **Antragsgegner.** „Einem" Gesellschafter kann nach § 117 die Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden. Dies ist entsprechend auch anwendbar auf einen Antrag, mehreren Gesellschaftern die Geschäftsführungsbefugnis zu entziehen (vgl. § 140 Anm. IIa). Das Erfordernis des Antrags „der übrigen Gesellschafter" ist in solchem Fall erfüllt, wenn alle außer denjenigen Personen, gegen welche der Antrag sich richtet, den Antrag stellen. Wird jedoch ein solcher Antrag auch nur gegenüber einem der Antragsgegner zurückgewiesen, und ist der Betreffende nicht seinerseits dem Antrag, soweit er sich gegen die übrigen Antragsgegner richtet, beigetreten, so fällt damit auch gegenüber diesen letzteren das Erfordernis des Vorliegens eines Antrags der übrigen Gesellschafter hinweg. Eine derartige Auslegung schützt — ohne die Auflösung der Gesellschaft (§ 133) nötig zu machen — die übrigen Gesellschafter, wenn sich mehrere geschäftsführende Gesellschafter zu Pflichtwidrigkeiten verbinden; sie ist nicht bedenklich, da stets das Gericht zu entscheiden hat; sie kann — wie oben gezeigt — nicht zur Umgehung des Erfordernisses eines Antrages aller übrigen Gesellschafter durch Verklagung aller nicht Einwilligenden führen; sie beseitigt auch nicht etwa das als beschränkende Voraussetzung gesetzte Erfordernis eines Antrages aller übrigen Gesellschafter, sondern sieht nur als hiermit gemeint alle diejenigen Gesellschafter an, gegen welche kein Entziehungsgrund vorliegt.

d. **Gerichtliche Entscheidung.** Darin, daß nicht ein Beschluß der Gesellschafter genügt, sondern eine gerichtliche Entscheidung (d. h. Urteil oder Beschluß; § 16 Anm. I; vgl. P. 243) erfordert wird, liegt eine gewollte (D. 86) Abweichung von dem entsprechenden § 712 BGB. [Nach Art. 101 ADH. war die Frage bestritten.] Das Gericht kann vermöge der ihm in §§ 117, 127, 140, 147 beigelegten Befugnisse in betreff der Personen, die zur Leitung der Geschäfte berufen sind, gewisse zweckentsprechende Anordnungen treffen oder gemäß § 133 die Auflösung der Gesellschaft aussprechen; dagegen ist — abgesehen von den Fällen einer einstweiligen Verfügung (CPO. §§ 935, 940, 938, vgl. RG. **9** 335, **27** 430) — dem Gericht

nirgends die Befugnis erteilt, durch sachliche Anordnungen oder Verbote in den Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte einzugreifen, weder vor der Auflösung der Gesellschaft, noch während der Liquidation (RG. 12 34). — Das „kann" ist dahin zu verstehen, daß selbst, wenn nach Ansicht des Gerichts ein wichtiger Grund vorliegt, dennoch das Gericht nach freiem Ermessen auf Grund sonstiger Erwägungen (z. B. wegen gleichen Verschuldens der Antragsteller oder wegen vorauszusehender unverhältnismäßiger Schädigung des Antragsgegners) die Entziehung ablehnen darf. Der Sinn ist kein anderer als in dem allerdings etwas abweichend gefaßten § 140 (P. 238, ROH. 18 396; vgl. RG. 24 139).

e. **Wichtiger Grund.** Vgl. § 70 Anm. I, § 133 Anm. I d. Der Grund muß ein für die Geschäftsführung wichtiger sein. Ein Grund, der für die Entziehung der Geschäftsführung ein wichtiger ist, braucht kein wichtiger Grund zur Entziehung der Vertretungsmacht (§ 127) zu sein, und umgekehrt. Vorgänge, die zur Entziehung der Geschäftsführung oder der Vertretungsmacht oder zur Kündigung der Geschäftsführung seitens des Geschäftsführenden (unten Anm. II) einen wichtigen Grund geben, brauchen noch nicht wichtig genug zu sein, um gleichzeitig auch einen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft (§ 133) oder Ausschließung des Gesellschafters (§ 140) zu bilden. — Nach Art. 101 Abs. 3 ADH. sollte die Entziehung der Geschäftsführung insbesondere in den folgenden im Art. 125 Nr. 2—5 ADH. aufgeführten Fällen für begründet erklärt werden können:

„2) wenn ein Gesellschafter bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verfährt;

3) wenn ein Gesellschafter die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen unterläßt;

4) wenn ein Gesellschafter die Firma oder das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatzwecke mißbraucht;

5) wenn ein Gesellschafter durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft unfähig wird."

Eine entsprechende genauere Aufführung einzelner Beispiele ist in das HGB. nicht übernommen, vielmehr sind als Beispiele nur in allgemeinerer Fassung „grobe Pflichtverletzung" und „Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung" genannt.

1. Grobe Pflichtverletzung. Eine solche kann z. B. liegen in einer nicht nur unerheblichen Verletzung der Vorschriften der §§ 111, 112 oder der nach § 114 bestehenden Geschäftsführungspflicht. Ferner im Mißbrauch des Gesellschaftsvermögens oder der Vertretungsmacht zu privatem Vorteil. Auch in dem Mißbrauch der Gesellschaftsfirma für Privatangelegenheiten, selbst wenn eine Benachteiligung der Gesellschaft zum Vorteil des einen Gesellschafters nicht beabsichtigt ist (ROH. 20 267).

2. Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung. Die Unfähigkeit braucht nicht verschuldet zu sein (D. 98).

II. **Kündigung der Geschäftsführung seitens des geschäftsführenden Gesellschafters.** Zu unterscheiden von der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis seitens der Gesellschaft (§ 117) und von der Kündigung des Gesellschaftsvertrags seitens eines Gesellschafters (§ 132). Zur Anwendung kommt (D. 86) das Bürgerliche Gesetzbuch:

§ 712 Abs. 2: „Der Gesellschafter kann auch seinerseits die Geschäftsführung kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; die für den Auftrag geltenden Vorschriften des § 671 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung."

§ 671 Abs. 2, 3: „Der Beauftragte darf nur in der Art kündigen, daß der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Liegt ein wichtiger Grund vor, so ist der Beauftragte zur Kündigung auch dann berechtigt, wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat."

Aus dem Zusammenhang des § 712 Abs. 2 mit dem § 712 Abs. 1 BGB., in welchem letzteren nur von der „durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Befugnis zur Geschäftsführung" die Rede ist, folgt, daß auch § 712 Abs. 2 sich nur auf den Fall besonderer Übertragung der

Geschäftsführung (BGB. § 710) beziehen soll (ebenso Goldmann Nr. 13; dagegen Staub Anm. 7). Mithin für die oHG. auch nur auf den entsprechenden Fall des HGB. § 114 Abs. 2 (dagegen Staub Anm. 7, Goldmann Nr. 13). Hat eine solche besondere Übertragung nicht stattgefunden, sind also alle Gesellschafter zur Geschäftsführung verpflichtet (§ 114 Abs. 1), so ist daher eine Kündigung seitens eines Gesellschafters, selbst bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, nicht zulässig; eine Kündigung würde in solchem Fall zu einer durch einseitige Handlung des Schuldners erfolgenden Minderung des nach dem Gesellschaftsvertrag geschuldeten gleichen Arbeitsleistungsbeitrages (§ 114 Anm. I, IV) führen. — Anders bei Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis; oben Anm. I a; vgl. § 114 Anm. IV.

§ 118.

Nachprüfungs- und Einsichtsrecht jedes Gesellschafters.

Ein Gesellschafter kann, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Bilanz anfertigen.

Eine dieses Recht ausschließende oder beschränkende Vereinbarung steht der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.

ADH. Art. 105. **Entw. I.** — **Entw. II** § 116.

I. **Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.** Der § 118 entspricht dem § 716 BGB. und ist nur mit Rücksicht auf den Zusammenhang der Vorschriften in dem HGB. beibehalten worden (D. 86).

II. **Gesetzliches Nachprüfungsrecht.**

a. **Jeder Gesellschafter, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist.** Das Recht steht mithin nicht nur den nichtgeschäftsführenden, sondern auch den geschäftsführenden Gesellschaftern zu. Auch für letztere kann es z. B. dann wichtig sein, wenn ihnen bestimmte Zweige der Geschäftsführung, die eine Kenntnisnahme von der Buchführung nicht mit sich bringen, überwiesen worden sind. Den nichtgeschäftsführenden Gesellschaftern steht das Recht zu, gleichgültig in welcher Form ihre Ausschließung erfolgt ist (§ 114 Anm. II).

b. **Persönliches Unterrichten von den Angelegenheiten der Gesellschaft.** Hierin ist eingeschlossen die Befugnis, „jederzeit in das Geschäftslokal zu kommen", was ADH. Art. 105 als besonderes Recht nannte. Das Recht darf nur „persönlich" ausgeübt werden. Unter persönlicher Ausübung ist die Ausübung durch einen gesetzlichen Vertreter mitbegriffen; nicht auch — abweichend z. B. von § 12 Abs. 1 (§ 12 Anm. I a 1) — die Ausübung durch einen gewillkürten Bevollmächtigten.

c. **Einsichtnahme in die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft und Anfertigung einer Bilanz.**

1. Handelsbücher. Vgl. § 45 Anm. I, § 38 Anm. I b.
2. „Der Gesellschaft". Das Einsichtsrecht erstreckt sich auf alle Handelsbücher und Papiere, die im Eigentum oder im Besitz (BGB. § 855) der Gesellschaft sind. Soweit Handelsbücher und Papiere, die sich auf Angelegenheiten der Gesellschaft beziehen, im Eigenbesitz eines Gesellschafters sind, kann seitens des einzelnen Gesellschafters ein Anspruch auf Einsicht nur unter den Voraussetzungen und in den Grenzen der §§ 45 ff. HGB., §§ 809 ff. BGB. geltend gemacht werden (weitergehend nach bisherigem Recht ROH. 6 297). Daneben besteht das Recht der Gesellschaft gegenüber dem geschäftsführenden Gesellschafter auf Auskunft und Rechnungslegung unter Beifügung der Belege (§ 114 Anm. VI).
3. Einsichtnahme. Die Einsicht ist in der Regel an dem gewöhnlichen Aufbewahrungsort zu gewähren (vgl. auch BGB. § 811, der jedoch auf das Recht aus HGB. § 118 nicht

unmittelbar Anwendung findet). Die Einsichtnahme ist nur in den Grenzen gestattet, da: dadurch der laufende Geschäftsbetrieb keine erhebliche Störung erleidet. Der Einsich- nehmende andererseits ist — außer soweit hierin bei ungebührlicher Ausdehnung des Rech- ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegen würde (BGB. § 157) — nicht an Einhaltun: der gewöhnlichen Geschäftszeit gebunden. Die Duldung der Einsichtnahme ist zwar ein Leistung (BGB. § 241); aber selbst wenn man HGB. § 358 auch auf Leistungen, die in einem Dulden bestehen, anwenden will, so liegt doch kein Handelsgeschäft vor. Die Zu- ziehung eines Sachverständigen als Gehilfen bei Einsichtnahme ist zulässig, soweit nicht au: besonderen Gründen gegen dessen Person und Verschwiegenheit Bedenken vorlieg (ROH. 7 75; ebenso RG. 25 88 in einem Fall, in dem die Auseinandersetzung zwisch dem ausgeschiedenen und den verbleibenden Gesellschaftern in Betracht kam). In Fällen, in denen das Bestehen auf persönlicher Einsicht (wenn auch unter Zuziehung vo: Sachverständigen) zu unbilligen Härten führen würde, ist die Einsicht durch einen ode mehrere von den Beteiligten benannte, im Fall des Widerspruchs vom Richter gebil Vertreter zuzulassen (RG. 11 IV 96 in Bolze 22 Nr. 508 u. Gruchot 40 1108 in einem Fall nach Beendigung der Liquidation). Für die Zeit der Liquidation s. § 156 Anm. Ib, für die Zeit nach Beendigung der Liquidation § 157 Abs. 2, für die Zeit nach dem Au- scheiden eines Gesellschafters § 138 Anm. IV.

d. **Recht auf Berichtigung der Bilanz.** Dies Recht ist eine notwendige Ergänzung des Prüfungs- rechts (Bolze 23 Nr. 569).

III. **Vertragliche Ausschließung oder Beschränkung.** Vertragsbestimmungen gehen den Be- stimmungen des § 118 Abs. 1 vor (§ 109), gleichgültig ob sie das in § 118 Abs. 1 gegeb: Recht ausdehnen oder beschränken. Aus der allgemeinen Fassung des § 109 würde an: folgen, daß auch die Vorschrift des § 118 Abs. 2 durch eine ausdrücklich darauf gericht: Vertragsbestimmung beseitigt werden könne. Dies ist jedoch nicht als Sinn des Gesetzes an- zusehen; vielmehr gilt § 118 Abs. 2 trotz ausdrücklicher gegenteiliger Vertragsbestimmun: (BGB. § 276 Abs. 2 ist entsprechend anzuwenden). Unredlichkeit ist ein weiterer Begriff a: Betrug (P. 195) und umfaßt jede vorsätzliche Benachteiligung der Gesellschaft.

§ 119.

Beschlußfassung der Gesellschafter.

Für die von den Gesellschaftern zu fassenden Beschlüsse bedarf es der Zu- stimmung aller zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufenen Gesellschafter.

Hat nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, so ist die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen.

ADH. Art. 103 Abs. 3. **Entw. I** § 107. **Entw. II** § 117.

I. **Beschluß der Gesellschafter.** Der Beschluß ist ein Vorgang im Innern der Gesellsch: und wirkt in der Regel nicht unmittelbar nach außen. Ausnahmen: § 131 Ziff. 2 (Auflösun: der Gesellschaft), § 146 (Ernennung besonderer Liquidatoren), § 147 (Abberufung von Li: datoren). Hieraus folgt, daß — von jenen Ausnahmen abgesehen — Beschlüsse, die nur Rechts- verhältnisse mit Dritten betreffen, mit rückwirkender Kraft zurückgenommen werden könne: bevor auf Grund derselben eine Kundgebung nach außen erfolgt ist. Die „Beschlüsse“, au: welche § 119 anwendbar ist, sind nur solche, die innerhalb des Rahmens des Gesell schaftsvertrages bleiben. Änderungen des Gesellschaftsvertrages (vgl. jedoch § 13 Anm. Ib) können nur einstimmig beschlossen werden (Cosack HR. § 110 I 1a); ebenso dürfen Sonderrechte eines Gesellschafters nur mit dessen Zustimmung beseitigt oder beschränkt werden.

II. **Zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung Berufene.** Wer zur Mitwirkung bei de: Beschlußfassung berufen ist, entscheidet sich in erster Reihe nach dem Gesellschaftsvertrag. Fü: den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag eine Entscheidung nach der Mehrheit der Stimmen vorsieh: gibt § 119 Abs. 2 — in Übereinstimmung mit BGB. § 709 Abs. 2 — die Auslegungs

regel, daß im Zweifel die Mehrheit nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen sei. Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmung darüber, wer zur Mitwirkung berufen sei, so müssen in der Regel alle Gesellschafter zustimmen. Ausnahmen sind im Gesetz für einige Fälle vorgesehen, in denen nur ein Beschluß „der übrigen Gesellschafter" gefordert wird. So HGB. § 113 Abs. 2, § 139 Abs. 2, § 141 Abs. 1. Abgesehen von den ausdrücklich im Gesetz bestimmten Ausnahmen besteht keine allgemeine Vorschrift für Gesellschaften oder offene Handelsgesellschaften, daß ein interessierter Gesellschafter nicht an Abstimmungen der Gesellschafter teilnehmen dürfe. Da der Beschluß nur ein innerer Vorgang ist (oben Anm. I), so findet auf ihn das Verbot eines Rechtsgeschäfts mit sich selbst in verschiedener Eigenschaft (BGB. § 181) keine Anwendung. Ebensowenig kommt in Betracht BGB. § 34: „Ein Mitglied ist nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlußfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Verein betrifft." Diese Bestimmung gilt nur für rechtsfähige Vereine; die offene Handelsgesellschaft ist aber kein Verein (§ 105 Anm. Ic 1). Eine entsprechende Anwendung zuzugestehen, erscheint bei der in der Regel sehr geringen Gesellschafterzahl in einer offenen Handelsgesellschaft bedenklich. In dergleichen Fällen, wenn Einstimmigkeit oder Mehrheit wegen Widerspruchs der interessierten Gesellschafter nicht zu erzielen ist, werden die übrigen Gesellschafter auf Geltendmachung der ihnen als einzelnen zustehenden Rechte (§ 117 Anm. Ic, §§ 127, 133, 140, 147) angewiesen sein.

V. Gewinn, Verlust, Kapitalanteil, Entnahmen (§§ 120—122).

§ 120.

Gewinn- und Verlustanteil.

Am Schlusse jedes Geschäftsjahrs wird auf Grund der Bilanz der Gewinn oder der Verlust des Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Antheil daran berechnet.

Der einem Gesellschafter zukommende Gewinn wird dem Kapitalantheile des Gesellschafters zugeschrieben; der auf einen Gesellschafter entfallende Verlust sowie das während des Geschäftsjahrs auf den Kapitalantheil entnommene Geld wird davon abgeschrieben.

ADH. Art. 107, 106 Abs. 2. **Entw. I** § 108. **Entw. II** § 118.

I. **Berechnung.**

a. **Am Schluß jedes Geschäftsjahrs.** Die Dauer des Geschäftsjahrs (§ 39 Anm. III) und dessen Beginn richten sich in erster Reihe nach dem Gesellschaftsvertrag (§ 109). In Ermangelung einer derartigen Bestimmung beginnt das Geschäftsjahr mit dem Beginn der Gesellschaft (§ 106 Anm. II d) und dauert zwölf Monate. Die vertragliche Ausdehnung des Geschäftsjahrs auf mehr als zwölf Monate ist unzulässig (§ 39 Abs. 2). Nicht „am Schluß", sondern erst nach Ablauf des Geschäftsjahrs und im unmittelbaren Anschluß an die Bilanzaufstellung ist die Berechnung vorzunehmen (Lehmann Nr. 1).

b. **Auf Grund der Bilanz.** Vgl. § 39 Anm. II b. Da die offene Handelsgesellschaft ihr Gesellschaftsvermögen beliebig vermindern darf, so können die Gesellschafter für die Berechnung von Gewinn und Verlust die Aufstellung einer Bilanz nach anderen als den gesetzlichen Bewertungsregeln (§ 40), z. B. unter Verabredung zu geringer Abschreibungen vereinbaren (§ 109). Durch eine Bilanz, die zu geringe Abschreibungen enthält, ist aber der nach §§ 39 ff. bestehenden öffentlichrechtlichen Pflicht zur Aufstellung einer dem Gesetz entsprechenden Bilanz noch nicht genügt (dagegen Staub Anm. 2, der in sich widerspruchsvoll, da eine zu geringe Abschreibung einen zu hohen Werteinsatz zur Folge hat); eine Bilanz der letzteren Art muß daher dann außerdem gefertigt werden, wenngleich ein Verstoß nicht immer nach KO. § 240 Nr. 4, sondern unter Umständen nur nach KO. § 239 Nr. 4, § 240 Nr. 3, also nur dann strafbar ist, wenn infolgedessen keine Übersicht des Ver-

mögenszustandes gewährt wird (RGSt. 13 355, vgl. Jaeger ² KO. § 240 Anm. 40). Ob eine Bilanz, die zu hohe Abschreibungen enthält, den gesetzlichen Anforderungen genügt, vgl. § 40 Anm. II e. Selbst wenn man annimmt, daß sie ihnen nicht nicht genügt, kann sie vertraglich für die *Gewinnverteilung* als maßgebend erklärt werden (Bolze 12 Nr. 503.

c. **Des Jahres** Gewinn oder Verlust. Diese Worte stellen klar, daß nur zu berechnen ist, inwieweit *das verflossene Jahr* Gewinn oder Verlust gebracht hat. Hierdurch ist die Annahme ausgeschlossen, daß, wenn in einem früheren Jahr durch Verlust die Einlagen der Gesellschafter vermindert worden waren, in einem künftigen Jahr nicht eher ein „Gewinn" im Sinn des § 120 Abs. 1 als vorhanden anzusehen sei, als bis das Stammkapital zu seiner ursprünglichen Höhe ersetzt worden ist. „Gewinn des Jahres" in § 120 ist daher gleichbedeutend mit „Jahresgewinn" in § 121. Eine vertraglich übernommene Haftung für „jeden Verlust der Firma" wurde in einem Einzelfall (RG. 27 95) ausgelegt als eine Haftung für den gemäß dem Gesetz (jetzt § 120) berechneten Verlust. Zum Verlust gehören auch die erfolgten widerrechtlichen Aneignungen von Gesellschaftsvermögen durch einen Gesellschafter, insoweit die daraus erwachsende Forderung der Gesellschaft an den Gesellschafter minderwertig ist, z. B. wegen Zahlungsunfähigkeit des Gesellschafters (RG. 27 96). — Über die Bedeutung von „Jahresgewinn" in den Bestimmungen über die AG. vgl. § 214 Anm. IV a. § 261 Anm. XII b.

d. **Anteil** an Gewinn oder Verlust. Wie die *Höhe* dieses Anteils zu berechnen, ergibt § 121.

e. **Berechnet.** Die Berechnung hat zur unmittelbaren Folge nur die *Zu- oder Abschreibung* in den Büchern der Gesellschaft auf dem Kapitalkonto des einzelnen Gesellschafters (§ 120 Abs. 2). Inwieweit die *Auszahlung* eines Gewinnes zulässig, bestimmt HGB. § 122; inwieweit die *Einzahlung* eines Verlustes erforderlich, bestimmen BGB. §§ 707, 735.

II. **Kapitalkonto und Kapitalanteil.**

a. **Kapitalkonto.** Das Kapitalkonto des einzelnen Gesellschafters in den Büchern der Gesellschaft weist *nicht* etwa den Anteil nach, zu welchem das Gesellschaftsvermögen im Miteigentum des betreffenden Gesellschafters steht (§ 105 Anm. I g 2). Die Kapitalkonten haben vielmehr nur nach drei *anderen* Richtungen Erheblichkeit. Erstens sind sie zu grund zu legen behufs Feststellung der aus dem Jahresgewinn vorweg zu entnehmenden Verzinsung des Kapitalanteils (§ 121 Abs. 1) und als Maßstab für die Zulässigkeit von Entnahmen während des nächsten Geschäftsjahres (§ 122 Abs. 1). Zweitens dienen sie (der Höhe nach unveränderlich bei denjenigen Gesellschaftsarten, die nur den Reingewinn der *ganzen* Gesellschaftszeit verteilen, veränderlich bei der offenen Handelsgesellschaft, welche den *Jahres*gewinn verteilen darf; oben Anm. I c, § 122 Anm. II, III) zur Berechnung des verteilbaren Reingewinns, indem der Betrag der Kapitalkonten in die Bilanz als Passivposten aufzunehmen ist, der die für die Einlagen angeschafften Bestände ausgleicht, welche letztere als Aktivposten in der Bilanz erscheinen. Drittens ermöglichen die Endsummen der Kapitalkonten die Feststellung der Verhältniszahlen, nach welchen die einzelnen Gesellschafter *bei einer zwischen ihnen erfolgenden Auseinandersetzung* (z. B. nach Auflösung der Gesellschaft und Beendigung der Liquidation, § 155) Bruchteile des Gesellschaftsvermögens zu erhalten haben (im Fall eines dann vorhandenen Aktivsaldos auf dem Kapitalkonto) oder noch ihrerseits etwas zuzuzahlen haben (im Fall eines dann vorhandenen Passivsaldos auf dem Kapitalkonto). — Wegen Übertragung von Anteilrechten s. § 105 Anm. I f. — Unter Umständen können in den Büchern der Gesellschaft neben den Kapitalkonten noch andere Sonderkonten für einzelne Gesellschafter bestehen. In der Regel wird anzunehmen sein, daß bezüglich dieser Sonderkonten die Gesellschaft und der einzelne Gesellschafter im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner zueinander stehen, daß also — soweit nicht Frist erteilt ist oder aus einem etwa bestehenden Verhältnis laufender Rechnung andere Folgerungen sich ergeben — beiderseits sofortige bare Zahlung verlangt werden kann (vgl. z. B. § 110 Anm. V). Es kann jedoch auch dem Willen aller Gesellschafter entsprechen, daß solche auf einem Sonderkonto gebuchte Posten (z. B. Entnahme für besondere Bedürfnisse des einzelnen Gesellschafters) nur am Schluß des Geschäftsjahrs bei Feststellung des Kapitalanteils in Anrechnung gebracht

werden sollen; dann sind die Sonderkonten nur Nebenkonten des Kapitalkontos und haben die Natur des letzteren (RG. **3** 59).

b. **Kapitalanteil.** Das Wort „Kapitalanteil" (welches nach D. 87 das „Anteil am Gesellschaftsvermögen" des ADH. ersetzen soll) ist nicht an allen Stellen des Gesetzes in genau gleichem Sinn gebraucht. In § 120 Abs. 2, § 121 Abs. 2, § 122 Abs. 2, § 155 Abs. 1, § 169 ist es gleichbedeutend mit „Betrag des Kapitalkontos" (auch eine Schuld des Gesellschafters auf Kapitalkonto einschließend); dagegen in § 121 Abs. 1 und § 122 Abs. 1 mit „Guthaben auf Kapitalkonto"; in § 167 Abs. 2 steht „Kapitalanteil" für „Betrag des Kapitalkontos", das auf „Kapitalanteil" sich zurückbeziehende „dieser" für „Guthaben auf Kapitalkonto". Jedenfalls ist nirgends „Kapitalanteil" als gleichbedeutend mit dem „Anspruch auf das dem Gesellschafter bei Auseinandersetzung Zukommende" gebraucht; beide Begriffe sind daher auseinanderzuhalten.

III. **Zu- und Abschreibung** auf Kapitalkonto des Gesellschafters.

a. **Zuzuschreiben** ist für (§ 39 Anm. I a) den Schluß des Geschäftsjahrs (§ 39 Anm. III) der ermittelte Jahresgewinn-Anteil. Zuzuschreiben sind ferner (D. 87) unter den betreffenden Daten die etwa im Lauf des Geschäftsjahres erfolgten Geldeinlagen (§ 111 Anm. I a) und sonstige der Gesellschaft zu Eigentum übertragene Sacheinlagen zum vereinbarten Wert (BGB. § 706). Ansprüche eines Gesellschafters an die Gesellschaft, welche die Eigenschaft von Gläubigerrechten haben, sind nicht als weitere Einlage auf Kapitalkonto, sondern als gewöhnliche Forderung auf Sonderkonto zu buchen, es sei denn, daß sie gemäß besonderer Vereinbarung auf Kapitalkonto übernommen werden (Bolze **19** Nr. 621, 622). So z. B. bei Ansprüchen für Aufwendungen oder Sonderverluste (§ 110 Anm. V), und für besonders zu entgeltende Bemühungen bei Geschäftsführung (§ 114 Anm. IV).

b. **Abzuschreiben** ist für (§ 39 Anm. I a) den Schluß des Geschäftsjahrs (§ 39 Anm. III) der ermittelte Jahresverlust-Anteil. Abzuschreiben sind ferner unter den betreffenden Daten die erfolgten befugten Entnahmen. Anders bei unbefugten Entnahmen (Lehmann § 121 Nr. 3; dagegen Goldmann § 121 Nr. 6), gleichgültig ob der Entnehmende einseitig erklärt, daß er „auf Kapitalanteil" oder daß er „als Darlehn" entnehme. Rückforderungsansprüche auf Grund unbefugter Entnahmen sowie sonstige Ersatzforderungen der Gesellschaft an den einzelnen Gesellschafter sind ihm auf Sonderkonto zu belasten, nicht etwa auf Kapitalkonto abzuschreiben. Doch wird, wenn den schuldenden Gesellschafter ein Verschulden an dem Entstehen der gegen ihn gerichteten Ersatzforderung trifft, die Gesellschaft für berechtigt zu erachten sein, gemäß BGB. § 249 (vgl. HGB. § 111 Abs. 2) Schadensersatz für die Entziehung des Geldes in der Weise zu fordern, daß sie dem Gesellschafter den Betrag der Forderung auf das Kapitalkonto statt auf Sonderkonto belastet, unter Vorbehalt ihres Anspruchs auf die Wiederergänzung der so verminderten Einlage. Die Ergebnisse beider Buchungsarten sind verschiedene. Hat A einen Kapitalanteil 100 und B einen Kapitalanteil 200 und entsteht eine Ersatzforderung der Gesellschaft an B von 100, ist außer jener Ersatzforderung nichts verdient und nichts verloren, die Zinsverteilung vertraglich ausgeschlossen, das ganze Einlagekapital vorhanden, und sind A und B zu gleichen Anteilen gewinnberechtigt, so hat B die 100 einzuzahlen und von den 100 erhalten A und B je 50. Der Kapitalanteil des A erhöht sich mithin auf 150, der des B auf 250, so daß A mit $^3/_8$, B mit $^5/_8$ beteiligt bleibt. Würden statt dessen 100 als der von B zu leistende Ersatz einfach vom Kapitalkonto des B abgeschrieben, so würde der Kapitalanteil des A auf 100, der des B gleichfalls auf 100 sich stellen, A mithin zu $^4/_8$ und B zu $^4/_8$ beteiligt bleiben, B mithin in geringerem Verhältnis beteiligt bleiben als bei der ersterwähnten Buchungsart.

§ 121.

Höhe der Gewinn- und Verlustanteile.

Von dem Jahresgewinne gebührt jedem Gesellschafter zunächst ein Antheil in Höhe von vier vom Hundert seines Kapitalantheils. Reicht der Jahresgewinn hierzu nicht aus, so bestimmen sich die Antheile nach einem entsprechend niedrigeren Satze.

Bei der Berechnung des nach Abs. 1 einem Gesellschafter zukommenden Gewinnantheils werden Leistungen, die der Gesellschafter im Laufe des Geschäftsjahrs als Einlage gemacht hat, nach dem Verhältnisse der seit der Leistung abgelaufenen Zeit berücksichtigt. Hat der Gesellschafter im Laufe des Geschäftsjahrs Geld auf seinen Kapitalantheil entnommen, so werden die entnommenen Beträge nach dem Verhältnisse der bis zur Entnahme abgelaufenen Zeit berücksichtigt.

Derjenige Theil des Jahresgewinns, welcher die nach den Abs. 1, 2 zu berechnenden Gewinnantheile übersteigt, sowie der Verlust eines Geschäftsjahrs wird unter die Gesellschafter nach Köpfen vertheilt.

ADH. Art. 106 Abs. 1, 3, Art. 109. **Entw. I** § 109. **Entw. II** § 119.

I. **Vom Jahresgewinn zunächst vier vom Hundert des Kapitalanteils.** In Abweichung vom ADH. ist keine feste Verzinsung der Kapitaleinlagen vorgeschrieben (D. 87), sondern nur eine aus dem Jahresgewinn (§ 120 Anm. Ic) vorweg zu entnehmende Verzinsung soweit dieser Jahresgewinn reicht. Gegenteilige Vertragsbestimmungen sind in erster Reihe maßgebend (§ 109, KB. 56). Die Verzinsung erfolgt nur nach Maßgabe der Zeit, während deren die Einlage bereits gemacht oder die Entnahme noch nicht erfolgt war (§ 121 Abs. 2).

II. **Jahresgewinnüberschuß und Jahresverlust.** Der nach Abzug der Kapitalanteilsverzinsung (Anm. I) verbleibende Überschuß des Jahresgewinnes (§ 120 Anm. Ic) oder der berechnete (§ 120 Anm. I) Jahresverlust werden — in Ermangelung gegenteiliger Vertragsabreden (§ 109) — nach Köpfen verteilt. Die Folge der Verteilung ist zunächst nur die Zu- oder Abschreibung auf den Kapitalkonten der einzelnen Gesellschafter (§ 120 Anm. III). Inwieweit eine Auszahlung zulässig, bestimmt § 122. — Auf den Gewinnüberschuß und auf den Verlust findet entsprechende Anwendung (D. 88) BGB. § 722 Abs. 2:

„Ist nur der Anteil am Gewinn oder am Verluste bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust."

Zulässig ist eine vertragliche Überlassung der Feststellung des Gewinn- oder Verlustanteils von Gesellschaftern an andere Gesellschafter oder Dritte (BGB. §§ 315 ff., ROH. **16** 428). Sind Einlagen von verschiedener Höhe geleistet, so hat dies im Zweifel auf die Verlustanrechnung keinen Einfluß; B hat seinen Verlustanteil selbst dann zu tragen, wenn seine Einlage bereits durch Verlust aufgebraucht, aber eine Einlage des A noch vorhanden ist; ebenso auch wenn bereits beide Einlagen aufgebraucht sind. Ausnahmsweise kann jedoch — trotz und neben einer Vertragsbestimmung, daß Gewinn und Verlust gleich verteilt werden sollen — doch vereinbart sein, daß für etwaige Verluste zunächst die Einlagen aller Gesellschafter als Deckung dienen sollen, oder daß ein Gesellschafter überhaupt nicht (im inneren Verhältnis) über seine Einlage hinaus zu haften habe, oder daß die Ausgleichung der Gesellschafter untereinander nur in Ansehung derjenigen Verluste stattfinden solle, die nach dem Verbrauch sämtlicher Einlagen noch vorhanden sein würden (RG. **40** 30). — In welchen Fällen bei Ausschluß der Beitragspflicht oder der Gewinn- oder der Verlustbeteiligung keine offene Handelsgesellschaft vorliegt, vgl. § 105 Anm. Id 1β. — Keine Gewinnbeteiligung (§ 336 Anm. IIIb), geschweige denn eine gesellschaftliche, liegt in der Berechtigung, bestimmte Bruchteile des Preises der seitens der Gesellschaft von dem betreffenden Gesellschafter bezogenen Waren als Sondergewinn aufzuschlagen (RG. **31** 74).

III. **Entnahme.** Wie unbefugte Entnahmen zu buchen, vgl. § 120 Anm. IIIb.

§ 122.

Verminderung des Kapitalanteils. Entnahmen.

Jeder Gesellschafter ist berechtigt, aus der Gesellschaftskasse Geld bis zum Betrage von vier vom Hundert seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalantheils zu seinen Lasten zu erheben und, soweit es nicht zum offenbaren

Schaden der Gesellschaft gereicht, auch die Auszahlung seines den bezeichneten Betrag übersteigenden Antheils am Gewinne des letzten Jahres zu verlangen.

Im Uebrigen ist ein Gesellschafter nicht befugt, ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter seinen Kapitalantheil zu vermindern.

ADH. Art. 108. **Entw. I** § 110. **Entw. II** § 120.

I. **Berechtigung.** Nur eine Berechtigung des einzelnen Gesellschafters zur Erhebung von Zinsen und zur Entnahme des letztjährigen Gewinnanteils wird ausgesprochen. Soweit der Gesellschafter von diesem Recht nicht Gebrauch macht, bleiben die nicht erhobenen Beträge als Teile des Kapitalanteils stehen (P. 4632, D. 96), und die übrigen Gesellschafter haben nicht das Recht zu widersprechen, auch wenn hierdurch die Kapitalbeteiligung des betreffenden Gesellschafters in stärkerem Verhältnis als die ihrige wächst. Soweit der Gesellschafter von einem gesetzlichen oder vertraglichen Entnahmerecht Gebrauch macht und innerhalb der Grenzen des Rechtes bleibt, ist er, auch wenn sich demnächst Verlust ergibt, nur zur Duldung der Belastung seines Kapitalkontos, nicht — abgesehen von den Verhältnissen bei Auseinandersetzung nach Gesellschaftsauflösung — zur baren Erstattung verpflichtet (RG. **3** 59). — Für die Zeit der Liquidation § 155 Abs. 2.

II. **Erhebung von vier vom Hundert des für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils zu Lasten des Erhebenden.**

a. **Erhebung.** Ist dem Gesellschafter die Kassenführung als besonderer Geschäftszweig übertragen (§ 114 Abs. 2), oder hat überhaupt keine besondere Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis an einzelne Gesellschafter stattgefunden (§ 114 Abs. 1), so darf der Gesellschafter ohne weiteres den Betrag aus der Gesellschaftskasse entnehmen. Anderenfalls ist er den Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet, sich an den geschäftsführenden Gesellschafter (§ 115) mit dem Ersuchen um Auszahlung zu wenden. Im ersteren Fall, wenn nämlich der Gesellschafter den Betrag selbständig entnimmt, handelt er hierbei, auch nach außen, gültig für die Gesellschaft, weil nur eine Verbindlichkeit erfüllend (BGB. § 181 oben § 111 Anm. III b). Die Erhebung der Zinsen ist selbst dann zulässig, wenn im laufenden Jahr die Gesellschaft mit Verlust arbeitet (D. 88), oder wenn sie im Vorjahr mit Verlust gearbeitet hat. — Im Fall einer Auszahlungsweigerung ist gegen die Gesellschaft die Klage auf Zahlung zu richten; gegen die widersprechenden Gesellschafter könnte höchstens auf Unterlassung des Widerspruchs oder auf Feststellung seiner Unzulässigkeit geklagt werden (ROH. **19** 416; dagegen zu Unrecht ROH. **24** 166 bei Klage gegen den persönlich haftenden Gesellschafter einer KAG. früheren Rechts). — Über unbefugte Geldentnahmen § 111 Anm. III. — Ob der Anspruch auf Entnahme übertragbar, vgl. § 105 Anm. I f 2.

b. **Für das letzte Geschäftsjahr festgestellt,** d. h. für (§ 39 Anm. I a) den Schluß des letzten Geschäftsjahrs (§ 120 Anm. I a) nach Zu- oder Abschreibung (§ 120 Anm. III) des damaligen Jahresgewinn- oder Jahresverlustanteils (§ 121) festgestellt. — Während des ersten Geschäftsjahrs wird dies entsprechend auf die in die Eröffnungsbilanz (§ 39 Anm. II a) aufzunehmenden Einlagen anzuwenden, und mithin die Entnahme von vier vom Hundert jener Einlage auch während des ersten Geschäftsjahrs zu gestatten sein (dagegen Staub Anm. 4, Lehmann Nr. 1, Goldmann Nr. 3). Anders nach früherem Recht wegen der abweichenden Fassung des Art. 108 Abs. 2 ADH.

c. **Kapitalanteil.** Vgl. § 120 Anm. II b.

d. **Zu Lasten des Erhebenden.** D. h. der Betrag der Entnahme ist auf dem bei der Gesellschaft geführten Kapitalkonto des entnehmenden Gesellschafters als Minderung der Kapitaleinlage zu buchen. Dies hat zur Folge, daß wenn in dem laufenden Geschäftsjahr kein zu einer viervomhundertigen Verzinsung (§ 121 Anm. I) ausreichender Jahresgewinn erzielt wird, die Mehrentnahme bei dem Abschluß der Kapitalkonten für Ende des laufenden Geschäftsjahrs (oben Anm. II b) als endgültige für das nächste Geschäftsjahr zu grund zu legende Minderung der Kapitaleinlage gilt.

III. **Auszahlung des letztjährigen Gewinnüberschusses.** Die Auszahlung (oben Anm. II a)

des im letztvergangenen Geschäftsjahr über den Betrag der Verzinsung hinaus erzielten Gewinnanteils (§ 121 Anm. II) kann nur in dem Umfang verlangt werden, in welchem es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht. Insoweit der letztjährige Gewinnüberschuß während des folgenden Geschäftsjahres nicht erhoben wird, büßt der Berechtigte sein Recht zur Erhebung ein und kann es später nicht mehr einseitig ausüben (D. 96: „der unerhobene Gewinn aus früheren Jahren ist regelmäßig als Vermehrung der Kapitaleinlage der Gesellschafter anzusehen"; vgl. auch D. 113). Die Behauptung, daß die Auszahlung zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereichen würde, ist von dem Einwendenden zu beweisen, denn (Planck[3] Buch I Vorbem. V 6) das „nicht" steht unmittelbar, nur durch „es" getrennt, hinter dem „soweit" (dagegen Staub Anm. 12, Goldmann Nr. 6). Die Klage auf Auszahlung von Gewinn ist gegen die Gesellschaft zu richten (ROH. **19** 416); inwieweit auch eine Klage gegen Mitgesellschafter zulässig ist, vgl. § 128 Anm. II **a** 2.

IV. **Sonstige Verminderung des Kapitalanteils.** Sie ist unzulässig ohne Einwilligung der übrigen (d. h. aller übrigen; § 112 Anm. II b 2) Gesellschafter. **Kapitalanteil** s. § 120 Anm. II b.

Dritter Titel.

Rechtsverhältniß der Gesellschafter zu Dritten.

I. Beginn der Wirksamkeit (§ 123).

§ 123.

Die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft tritt im Verhältnisse zu Dritten mit dem Zeitpunkt ein, in welchem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird.

Beginnt die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, so tritt die Wirksamkeit mit dem Zeitpunkte des Geschäftsbeginns ein, soweit nicht aus dem § 2 sich ein Anderes ergiebt.

Eine Vereinbarung, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen soll, ist Dritten gegenüber unwirksam.

ADH. Art. 110. **Entw. I** § 111. **Entw. II** § 121.

I. Wirksamkeit nach außen als oHG.
II. Durch Eintragung.
III. Durch Geschäftebeginn.
IV. Durch Kundgebung.
V. Vereinbarung eines späteren Zeitpunkts des Gesellschaftsbeginns.

I. **Wirksamkeit als offene Handelsgesellschaft im Verhältnis zu Dritten.**

a. Wirksamkeit „**der** offenen Handelsgesellschaft" (§ 123 Abs. 1); „**die** Gesellschaft (§ 123 Abs. 1, 2, 3). Gemeint ist in § 123 nur, daß im Verhältnis zu Dritten die Wirksamkeit „einer offenen Handelsgesellschaft als einer **solchen**" mit der Eintragung oder dem Geschäftebeginn eintrete. Einerseits schließt der § 123 nicht aus, daß auch vor Eintragung oder Geschäftebeginn die Gesellschaft in anderer Eigenschaft als derjenigen einer offenen Handelsgesellschaft, z. B. als gemeinbürgerliche Gesellschaft, Dritten gegenüber wirksam werden kann (vgl. RG. **39** 29). Andererseits enthält § 123 auch nicht die Vorschrift, daß jede als offene Handelsgesellschaft eingetragene oder unter der Kundgebung, sie sei eine offene Handelsgesellschaft, ihre Geschäfte beginnende Gesellschaft auch tatsächlich eine offene Handelsgesellschaft sei (§ 105 Anm. I k). Der Inhalt der gemäß § 123 eintretenden Wirksamkeit beschränkt sich daher darauf, daß, wenn überhaupt eine Gesellschaft vorliegt (§ 105 Anm. I d), und (Bolze **23** Nr. 574), wenn diese Gesellschaft im Ver-

hältnis der Gesellschafter zueinander eine offene Handelsgesellschaft ist (§ 105 Abs. 1), oder wenn infolge der nunmehr geschehenen Eintragung jene Tatsachen zu unterstellen sind (§ 5 Anm. II), im Verhältnis zu Dritten durch Eintragung oder Geschäftebeginn die für Kaufleute gegebenen Vorschriften (§ 6 Abs. 1), die selbständige Rechtsfähigkeit der Gesellschaft (§ 124) mit ihren Folgen, und die besonderen Vorschriften über Vertretungsbefugnis (§§ 125—127) und Haftung (§§ 128—130) der Gesellschafter Geltung erlangen. Der § 123 findet daher z. B. auch dann nicht Anwendung, wenn eine Gesellschaft bereits durch Vertrag wieder aufgehoben ist oder aus anderem Grund zu entstehen aufgehört hat, bevor (z. B. in betrüglicher Weise durch einen Gesellschafter) die Eintragung veranlaßt wird oder der Geschäftebeginn erfolgt (ROH. 12 409, 412). — Aus § 123 Abs. 3 ist zu folgern, daß eine Gesellschaft schon dann im Sinn des § 123 vorliegt, wenn nur ein gültiger Gesellschaftsvertrag geschlossen ist, mag auch in ihm der Gesellschaftsbeginn auf einen erst künftigen Zeitpunkt festgesetzt sein (§ 106 Anm. II d).

b. **Die Wirksamkeit tritt ein.** Vgl. unten Anm. II b. Die in § 123 Abs. 1 bestimmte Wirkung ist eine weitergehende als nach der allgemeinen Regel des § 15 Abs. 2 (vgl. § 15 Anm. II d). Der Dritte hat — wenn nur eine offene Handelsgesellschaft tatsächlich vorliegt (Anm. I a) und ohne Rücksicht darauf, ob die eingetragene Tatsache bekannt gemacht ist (unten Anm. II b) — nicht den Einwand, er habe die eingetragene Tatsache nicht gekannt noch kennen müssen (Cosack HR. § 106 IV 1 a; vgl. ROH. 23 283); er wird auch kaum je ein Interesse an solchem Einwand haben. Wird die eingetragene Tatsache später geändert, ohne daß die Änderung eingetragen wird, so kommt insoweit die allgemeine Regel des § 15 Abs. 1 zur Anwendung (§ 15 Anm. III d 1).

II. **Durch Eintragung.** Die Eintragung hat im Verhältnis nach innen nur erklärende Wirkung (§ 105 Anm. I k). Im Verhältnis nach außen hat die Eintragung die Wirkung, daß spätestens mit der Eintragung die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft als einer solchen beginnt. Aus § 123 folgt letzteres nur, wenn die eingetragene Gesellschaft im Verhältnis nach innen wirklich eine offene Handelsgesellschaft ist (oben Anm. I). Aus den Vorschriften des § 5 und den allgemeinen Grundsätzen über Kundgebungen kann aber im Einzelfall das Gleiche auch abzuleiten sein, wenn die eingetragene Vereinigung im Verhältnis nach innen nicht offene Handelsgesellschaft ist (§ 5 Anm. II, § 123 Anm. IV b).

a. **„Mit dem Zeitpunkt"** soll nur heißen „spätestens mit dem Zeitpunkt" (RG. 34 55). Vgl. § 123 Abs. 2. Hieraus folgt, daß § 123 nicht ausschließt, daß auch vor den in Abs. 1 und 2 angegebenen Zeitpunkten aus anderem Grund die Wirksamkeit als offene Handelsgesellschaft im Verhältnis zu Dritten eintreten kann (unten Anm. IV). Wird als Zeitpunkt, an dem die Gesellschaft begonnen hat, ein vor dem Zeitpunkt der Eintragung gelegener Zeitpunkt eingetragen, so folgt (wenn die § 106 Anm. II d vorgetragene Ansicht über die Bedeutung dieser Eintragung zutrifft) an sich nicht, daß Dritten gegenüber bereits seit jenem früheren Zeitpunkt die Wirksamkeit als offene Handelsgesellschaft eintritt (dagegen nach früherem Recht RG. 34 55). In solchem Fall ist vielmehr zu untersuchen, ob tatsächlich bereits ein Geschäftebeginn stattgefunden hatte. Wird in der Anmeldung zum Handelsregister nicht der wahre Zeitpunkt des Gesellschaftsbeginns, sondern ein willkürlich gewählter angegeben, so kann dies unter Umständen die Bedeutung einer Kundgebung (unten Anm. IV) haben, daß seit dem angegebenen Zeitpunkt die Rechtswirksamkeit gegenüber Dritten eintreten solle.

b. **„Eingetragen."** Der § 123 Abs. 1 knüpft die eintretenden Wirkungen an die Eintragung; weder an die Anmeldung noch an die Bekanntmachung (ROH. 23 283). Da § 123 Abs. 1 eine Sondervorschrift enthält, so ist die allgemeine Vorschrift des § 15 Abs. 2 insoweit nicht anwendbar (oben Anm. I b). Erfolgt zu Unrecht eine Eintragung als offene Handelsgesellschaft, so kommen die allgemeinen Regeln über zu Unrecht erfolgte Eintragungen zur Anwendung, und demgemäß kann je nach der Veranlassung, die zu der Eintragung geführt hat, entweder Dritten gegenüber die Eintragung so wirken als wenn eine offene Handelsgesellschaft vorliege, oder es können andere Wirkungen eintreten (unten Anm. IV, § 15 Anm. III d 3, § 105 Anm. I k). — An die Eintragung knüpft sich unmittelbar die

Wirkung; es ist unerheblich, ob tatsächlich später der Betrieb eines Handelsgewerbes erfolgt ist (Bolze 23 Nr. 574).

c. Der Gesellschaft Eintragung nur ist erfordert. Ist die Gesellschaft eingetragen, so treten daher die Wirkungen auch gegenüber einem behufs Verheimlichung seiner Beteiligung als Gesellschafter nicht mit eingetragenen offenen Handelsgesellschafter ein (Bolze 4 Nr. 804), ebenso gegenüber einem neueingetretenen Gesellschafter auch vor seiner Eintragung (§ 130 Anm. I b).

III. **Durch Beginnen der Geschäfte.**

a. **Mit dem Zeitpunkt.** Vgl. Anm. II a.

b. **Geschäftebeginn.** Dies ist gleichbedeutend mit Beginnen des Gewerbebetriebes (§ 1 Anm. II b, § 39 Anm. II a 2) und zu unterscheiden von dem Beginnen „eines (Handels-) Geschäfts" (§ 22 Anm. I b). Nur derjenige Geschäftebeginn kommt in Betracht, der dem Willen aller Gesellschafter entspricht, mag dieser ausdrücklich erklärt sein oder aus dem Verhalten der Gesellschafter hervorgehen (ROH. 12 410, 15 428, Bolze 3 Nr. 795, OLG. Braunschweig 8 XI 94 ZHR. 46 499). Nur wenn „die Gesellschaft" „ihre" Geschäfte beginnt, also wenn ein Gewerbebetrieb im Namen der Gesellschaft begonnen wird (§ 1 Anm. IV d 1), findet § 123 Abs. 2 Anwendung. Nicht jedoch, wenn — trotz inneren Bestehens eines Gesellschaftsverhältnisses — nur im Namen eines Gesellschafters gehandelt worden und nach außen das Gesellschaftsverhältnis völlig geheim geblieben ist (ROH. 7 432, 9 283). Erforderlich ist die Kundgebung des Gesellschaftsverhältnisses nach außen durch eine auf Grund desselben erfolgte Tätigkeit (RG. 15 IV 98 JW. 290[44]). Wird aber überhaupt das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses nach außen kundgegeben, so haften selbst diejenigen Gesellschafter, die offene Handelsgesellschafter sein wollten, deren Beteiligung aber nach außen verheimlicht worden ist (Bolze 4 Nr. 804). Vorbereitungsgeschäfte für einen erst später zu beginnenden Gewerbebetrieb, solche Anfangshandlungen also, in denen nicht bereits der Beginn des Gewerbebetriebs (§ 1 Anm. II b) liegt, werden in der Regel nicht als ein Geschäftebeginn anzusehen sein (vgl. § 60 Anm. I b, § 112 Anm. I d; dagegen Staub Anm. 14; vgl. auch KG. 18 VII 65 in Busch 7 186, das indessen keine grundsätzliche Entscheidung gibt). Bei solchen Vorbereitungsgeschäften wird die Parteiabrede in der Regel dahin auszulegen sein, daß, wenn demnächst die Gesellschaft als offene Handelsgesellschaft wirksam gegenüber Dritten wird, soweit möglich, diejenigen Rechtswirkungen eintreten, die eingetreten wären, wenn jene Wirksamkeit gegenüber Dritten bereits bei Vertragsabschluß vorhanden gewesen wäre (vgl. RG. 30 30).

c. **„Soweit nicht aus dem § 2 sich ein anderes ergibt."** Durch diesen Zusatz ist nach D. 89 „zur Vermeidung von Mißverständnissen ausdrücklich hervorgehoben, daß der Grundsatz, wonach die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft gegenüber Dritten schon vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister durch den Beginn der Gesellschaftsgeschäfte eintritt, eine Ausnahme in den Fällen erleidet, in welchen es sich um ein Unternehmen handelt, das nach § 2 erst durch die Eintragung die Eigenschaft als Handelsgewerbe erhält."

Um die richtige Bedeutung des Zusatzes zu ermitteln, denke man ihn zunächst als nicht geschrieben. Da die Tragweite des § 123 überhaupt dahin zu beschränken ist, daß „die Gesellschaft" in § 123 Abs. 2 eine „nach innen als offene Handelsgesellschaft bestehende (oder gleichzeitig entstehende) Gesellschaft" bedeutet (oben Anm. I), so ergibt sich, daß die Wirkung des § 123 Abs. 2, auch wenn man den obigen Zusatz nicht berücksichtigt, nur eintreten kann, wenn die Merkmale der offenen Handelsgesellschaft (§ 105 Abs. 1) zur Zeit des Geschäftebeginns bereits vorliegen. Bei den Gewerben des § 2 (und § 3 Abs. 2) können diese Merkmale in zwei Fällen vorliegen, in denen die Gesellschaft noch nicht eingetragen ist, § 123 Abs. 1 also nicht Anwendung findet:

1. Beginn eines neuen Gewerbes unter Fortführung eines bestehenden Handelsgeschäfts mit dessen (Einzel- oder Gesellschafts-) Firma (vgl. oben Anm. III b; zust. Staub Anm. 16, Lehmann Nr. 1). Der § 2 verlangt nur die Eintragung der „Firma des Unternehmers". Die Firma ist in solchem Fall bereits eingetragen, auch wenn die nach §§ 31, 106 erforderliche Eintragung „der Gesellschaft" noch nicht erfolgt ist.

2. Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Gewerbes der in § 2 (oder § 3 Abs. 2) genannten Gattung mit gleichzeitiger Absicht der Eintragung einer gemeinschaftlichen Firma gerichtet, die mithin (§ 105 Anm. II a) im Verhältnis der Gesellschafter zueinander bereits eine offene Handelsgesellschaft ist.

Denkt man den Zusatz in § 123 Abs. 2 hinweg, so würde in diesen beiden Fällen bei Geschäftebeginn die Gesellschaft auch nach außen hin als offene Handelsgesellschaft wirksam werden.

Im ersten der beiden erwähnten Fälle hat dies nichts Bedenkliches, denn die Bestimmungen des § 2 über die Wirkung der Eintragung haben nur den Zweck, für den Dritten klarzustellen, ob auf das Unternehmen die für Kaufleute (nicht, ob die für Gesellschaften) gegebenen Vorschriften ihm gegenüber Anwendung finden. Dies ist aber durch die Eintragung klargestellt, und im übrigen ist der Dritte durch § 15 Abs. 1 genügend gesichert. Auch würde gegenüber der Annahme, daß in solchem Fall die noch nicht als solche eingetragene Gesellschaft nicht als ein Handelsgewerbe betreibend und mithin nicht als Kaufmann zu gelten habe, die Vorschrift des § 5 eingreifen. Daher ergibt sich für diesen ersten Fall aus § 2 „nichts Anderes". In diesem ersten Fall tritt mithin trotz des Zusatzes in § 123 Abs. 2 die Wirksamkeit einer unter § 2 (oder § 3 Abs. 2) fallenden Gesellschaft als offener Handelsgesellschaft bereits mit dem Geschäftebeginn ein.

Anders in dem obigen zweiten Fall. Wollte man zugestehen, daß auch in diesem Fall der Geschäftebeginn genüge, so würde eine im Verhältnis der Gesellschafter zueinander bestehende offene Handelsgesellschaft als Betreiberin eines Gewerbes der in § 2 (oder § 3 Abs. 2) erwähnten Gattung auch gegenüber Dritten als offene Handelsgesellschaft durch bloßen Geschäftebeginn wirksam werden, und damit (§ 6 Abs. 1) würden ohne Eintragung der Firma des Unternehmers die für Kaufleute gegebenen Vorschriften auch dem Dritten gegenüber anwendbar werden. Gerade dies sollte aber durch die Vorschrift des § 2 über die Wirkung der Eintragung verhindert werden. (Vgl. auch die Fassung der Bestimmung im Entwurf I § 111 Abs. 4.) Die Bedeutung des Zusatzes besteht daher darin, eine solche Folgerung aus § 123 Abs. 2 auszuschließen. Die Fassung des Zusatzes ist allerdings nicht ganz zutreffend, denn aus § 2 unmittelbar ergibt sich nichts „Anderes", vielmehr nur aus dem gesetzgeberischen Grund, der zu der Bestimmung des § 2 über die Wirkung der Eintragung geführt hat.

IV. **Durch Kundgebung.** Vgl. § 15 Anm. III d 3 a.

a. **Das Kundgegebene ist wahr.** Der Wortlaut des § 123 schließt nicht aus (oben Anm. II a), daß auch in Fällen, die im § 123 nicht erwähnt sind, die Wirksamkeit einer Gesellschaft gegenüber Dritten als offener Handelsgesellschaft eintreten kann. Einer Kundgebung, die als solche gewollt ist und von denjenigen, die dadurch verpflichtet werden sollen, oder mindestens mit ihrer Zustimmung erlassen wird, muß in der Regel (selbst bei Unrichtigkeit der kundgegebenen Tatsache) die Bedeutung beigemessen werden, daß das Kundgegebene in dem Verhältnis zwischen Kundgebendem und Kundgebungsempfänger rechtlich wirksam wird (vgl. z. B. BGB. §§ 171, 409). Hierin ist entweder eine der in BGB. § 305 zugelassenen Ausnahmen (andere in BGB. §§ 82, 657 ff., 793 ff.) von der Regel zu erblicken, daß zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich ist; oder die Kundgebung ist gleichzustellen einem Vertragsangebot, häufig dem Angebot eines Vertrages, der für künftig abzuschließende Verträge die Grundlage bilden soll, und bei dem (BGB. § 151) nach der Verkehrssitte die Annahme nicht erklärt zu werden braucht. Wird unter Zustimmung aller Gesellschafter Dritten das Bestehen einer tatsächlich bestehenden offenen Handelsgesellschaft kundgegeben, so wird sie daher hierdurch ihnen gegenüber rechtlich wirksam (ROH. **13** 375, **24** 320, RG. **40** 146; vgl. auch RG. 5 13). Eine solche Kundgebung liegt in einem Auftreten, das von Dritten nur als dasjenige eines Geschäftsmitinhabers aufgefaßt werden kann (RG. **31** 39), in der ohne beschränkenden Zusatz erfolgten Mitteilung, daß jemand „als Mitarbeiter und Teilhaber" beigetreten sei (ROH. **15** 20), in der Selbstbezeichnung als Mitinhaber der Firma oder als Teilhaber (ROH. **1** 260, **13** 376). In der Eingehung eines Gesellschaftsvertrages liegt nicht schon die Ermächtigung, Dritten gegenüber das Be-

stehen der Gesellschaft kundzugeben; eine ohne solche Ermächtigung erfolgte Kundgebung durch einen einzelnen Gesellschafter wirkt daher zu Lasten der übrigen Gesellschafter und der Gesellschaft ebensowenig wie ein ohne solche Ermächtigung erfolgter Geschäftsbeginn (oben Anm. III b).

b. **Das Kundgegebene ist unwahr.** Geht die Kundgebung von allen aus, die dadurch verpflichtet werden sollen, so tritt hierdurch zwar keine (nicht schon sonst vorhandene) offene Handelsgesellschaft ins Leben, die Kundgebenden müssen aber nach außen das Kundgegebene gelten lassen, als wäre es wahr (Anm. IV a, RG. 55 156). So haften z. B. die Kundgebenden für die im Namen der angeblichen Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten persönlich in entsprechender Anwendung der §§ 128, 129 (OLG. Hamburg 18 V 01 OLGRspr. 3 342); auch sonstige Rechtsfolgen können eintreten (vgl. § 15 Anm. III d 3). Geht die Kundgebung nicht von allen aus, die zu verpflichten das Kundgegebene an sich geeignet wäre, und erfolgt die Kundgebung auch nicht mit ihrer Zustimmung, so treten nur für die Kundgebenden die oben bezeichneten Wirkungen ein (ROH. 13 376, 24 320). Nicht haftet ein Geschäftsunfähiger, der ohne die erforderliche Genehmigung eine Kundgebung erläßt (RG. 51 37). — Eine verpflichtende Kundgebung liegt in der Mitwirkung bei Anmeldung einer Vereinigung als offener Handelsgesellschaft zum Handelsregister und folgender, unwidersprochen gelassener Eintragung und Bekanntmachung (RG. 40 146, OLG. Dresden 20 XII 01 OLGRspr. 4 203, entsprechend bei Anmeldung als Kommanditist RG. 24 II 99 JW. 232[28], RG. 51 39; noch weitergehend für AG., KAG., GmbH., Gen. § 182 Anm. II d; vgl. jedoch RG. 37 61; s. auch § 5). Und zwar selbst dann, wenn der Anmeldende oder der wissentlich die Anmeldung Duldende hierbei ohne Verschulden von der irrigen Annahme ausging, daß ein Gesellschaftsvertrag zu stande gekommen sei (RG. 51 37). Tritt eine Vereinigung von Minderkaufleuten nach außen als offene Handelsgesellschaft auf, so haften die trotz Kenntnis nicht widersprechenden Gesellschafter Dritten wie Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft (KG. 28 III 03 KGBl. 60); ebenso diejenigen, die nach ihrem Ausscheiden die Fortführung eines auf ihre Mitinhaberschaft hindeutenden Handelsnamens durch die Verbleibenden dulden (OLG. Dresden 2 X 03 OLGRspr. 8 96). Ob ein solches Auftreten als offene Handelsgesellschaft bereits in dem Gebrauch eines Handelsnamens nach Art einer Firma liegt, vgl. § 5 Anm. II a. Wenn jemand so häufig sich wie ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft benimmt, daß anzunehmen ist und auch ihm selbst nicht entgehen konnte, dieses sein Verhalten werde dem Handel treibenden Publikum oder doch dem dabei interessierten Teil dieses Publikums bekannt werden, so kann er von den Gläubigern jener Firma auf Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten in Anspruch genommen werden, gleich als wenn er wirklich Inhaber der Firma sei (OLG. Hamburg 13 XI 86 ZHR. 37 540). — Über Auftreten eines stillen Gesellschafters als wäre er Mitinhaber des Geschäfts, vgl. § 335 Anm. VII a.

V. **Vereinbarung eines späteren Zeitpunkts des Gesellschaftsbeginns.** Unwirksam Dritten gegenüber ist nach § 123 Abs. 3 die Vereinbarung, daß die Gesellschaft erst nach Eintragung oder nach Geschäftsbeginn (auf beide Fälle bezieht sich Abs. 3; D. 89) ihren Anfang nehmen soll. Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander ist eine derartige Vereinbarung gültig; die Eintragung der Gesellschaft ist allerdings — außer wenn die Geschäfte früher begonnen werden — nicht vor Eintritt jenes späteren Zeitpunktes (§ 106 Anm. II d), und die der Eintragung vorausgehende Anmeldung sogar nicht vor Beginn des Betriebes (§ 106 Anm. IV) zulässig.

II. Rechtsfähigkeit (§ 124).

§ 124.

Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich.

ADH. Art. 111 Abs. 1. **Entw. I** § 112. **Entw. II** § 122.

I. **Rechtsfähigkeit unter der Gesellschaftsfirma.**

a. **Rechtsfähigkeit.** Die Worte „kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden" sind aus ADH. Art. 111 beibehalten und sind als gleichbedeutend anzusehen mit „ist rechtsfähig". Der in BGB. §§ 1, 21 vorausgesetzte Begriff der Rechtsfähigkeit hat keinen anderen Inhalt als die in § 124 Abs. 1 einzeln aufgeführten Rechte. Zweifel können nur entstehen für das Gebiet des öffentlichen Rechts. Aber auch in dieser Hinsicht nehmen die offenen Handelsgesellschaften in wesentlichen Beziehungen die gleiche Stellung ein wie andere rechtsfähige Gesamtheiten (vgl. z. B. wegen ihrer selbständigen Staatsangehörigkeit § 105 Anm. Ic 2), und wo Abweichungen vorkommen (z. B. bei der Besteuerung), erklärt sich dies nicht aus einem Mangel an Rechtsfähigkeit, sondern aus tatsächlichen Verschiedenheiten, die zwischen einzelnen Arten von Gesamtheiten nicht minder bestehen als zwischen einzelnen Arten von Menschen (wie z. B. ein Mann nicht Eigentümer von Vorbehaltsgut sein kann). Die offene Handelsgesellschaft ist indessen keine juristische Person im Sinn des BGB. (§ 105 Anm. Ic 1). — Nach D. 90 mußte die ausdrückliche Anerkennung der Zulässigkeit des „Klagens und Verklagtwerdens unter der Firma" hier trotz der Bestimmungen in § 17 Abs. 2, § 6 Abs. 1 wiederholt werden, weil es sich hier nicht nur, wie beim Einzelkaufmann, darum handelte, ob unter der Firma, sondern auch darum, ob überhaupt ein Auftreten im Rechtsstreit zulässig sei. Hierdurch wird indessen nur die Wiederholung des „Klagen und Verklagtwerden", nicht auch die Wiederholung des „unter ihrer Firma" gerechtfertigt (unten Anm. Ib).

b. **Unter ihrer Firma.** Diese Worte entsprechen den im § 17 Abs. 2 bezüglich des Kaufmanns überhaupt gebrauchten. Ihre Wiederholung an dieser Stelle wäre überflüssig (§ 6 Abs. 1), wenn nicht (§ 17 Anm. IIIe 1) bezüglich des Einzelkaufmanns die Zulässigkeit der Eintragung seiner Firma im Grundbuch bestritten wäre. Nicht etwa wird der Firma einer offenen Handelsgesellschaft durch jene Worte eine Bedeutung verliehen, die von der Bedeutung der Firma eines Einzelkaufmanns abweicht. Rechte können von der offenen Handelsgesellschaft erworben und Verpflichtungen können von ihr eingegangen werden, auch ohne daß im Einzelfall die Firma überhaupt oder die richtige Firma erwähnt wird (§ 17 Anm. IIIb 2, § 125 Anm. Ib, RG. 28 120).

II. **Die einzelnen Anwendungsfälle.**

a. **Erwerb von Rechten und Eingehen von Verbindlichkeiten.** Unter Rechten sind sowohl Forderungs- wie Sachenrechte begriffen. So ist z. B. Vollmachtserteilung an eine oHG. zulässig (KG. 16 XII 01 KGJ. 23 A 124 OLGRspr. 4 466). Auch aus letztwilligen Verfügungen können Rechte erworben werden. Greift ein fremdes Handeln in den Rechtskreis

einer offenen Handelsgesellschaft verletzend ein, so erwirbt die Gesellschaft, nicht etwa jeder einzelne Gesellschafter als solcher, die hieraus folgenden Rechte; dies entspricht den für den umgekehrten Fall, die Haftung der Gesellschaft für Schadenszufügung durch die Gesellschafter (§ 125 Anm. Id), angenommenen Grundsätzen. Dagegen RGSt. 23 349, das insbesondere bei Verletzung eines Warenzeichenrechts der Gesellschaft, jeden Gesellschafter als Verletzten ansieht, und feststehende Rechtsprechung, wonach die Verfolgung einer Verletzung des Rechts auf Ehre — außer im Fall des StGB. § 197 — nicht der oHG., sondern nur den betroffenen Gesellschaftern zusteht (RG. 2 I 05 JW. 142[20]). — Ebenso wie der Erwerb von Rechten ist selbstverständlich auch die Veräußerung oder das Aufgeben von solchen, ebenso wie die Eingehung von Verbindlichkeiten auch deren Lösung zulässig. — Aus der allgemeinen Fassung folgt nicht, daß eine offene Handelsgesellschaft nun auch jede Art von Rechten erwerben kann (oben Anm. Ia). — Über den Ausschluß der Aufrechnung zwischen Gesellschaftsforderung und Gesellschafterschuld sowie zwischen Gesellschaftsschuld und Gesellschafterforderung an Dritte vgl. § 105 Anm. Ig 4.

b. **Erwerb von Eigentum und anderen dinglichen Rechten an Grundstücken.**

1. Allgemeines. Wie der Erwerb, ist auch die Veräußerung oder das Aufgeben zulässig. Als dingliches Recht kann z. B. ein Nießbrauchsrecht an einem Grundstück erworben werden (RG. 16 2). Über den Gebrauch der Firma im Grundbuch s. § 17 Anm. IIIa. — Über die nach GBO. § 33 zu erteilende Bescheinigung des Registergerichts über die zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Personen vgl. § 9 Anm. IV. — Bei Gesellschaften, für die nur die Vorschriften des BGB. §§ 705 ff., nicht diejenigen des HGB., maßgebend sind, müssen die einzelnen Gesellschafter unter Angabe des Gesellschaftsverhältnisses (GBO. § 48) eingetragen werden.

2. Erwerb von Gesellschaftereigentum.

Ob Grundstücke, deren Verwaltung und Nutzung durch die Gesellschaft erfolgt, die aber auf den Namen der Gesellschafter eingetragen bleiben oder später eingetragen werden, als zum Gesellschaftsvermögen gehörig oder als der Gesellschaft nur zur Nutzung überlassen gelten sollen, hängt für das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander von dem Willen ab (RG. 50 159). Vor Umschreibung auf die Gesellschaftsfirma hat indessen die Gesellschaft nicht Eigentum, sondern der einzelne eingetragene Gesellschafter ist Eigentümer bezüglich seines im Grundbuch eingetragenen Anteils, mag er auch forderungsrechtlich verpflichtet sein, das Eigentum auf die Gesellschaft zu übertragen. So RG. 54 105 in einem Fall, in dem das Rechtsverhältnis zu Dritten in Frage stand und die Gesellschafter als Miteigentümer zu bestimmten Anteilen eingetragen waren. Indessen sind beide Einschränkungen für unerheblich zu erachten. Denn Eigentum besteht, wenn nach außen, auch nach innen; auch ist Miteigentum der Gesellschafter zu unbestimmten Anteilen etwas anderes als ein Eigentum der Gesellschaft (§ 105 Anm. Ig 3).

Zwar wurde im Gegensatz hierzu in der älteren Rechtsprechung eine Auflassung für nicht erforderlich erachtet (KGJ. 6 67, RG. 23 X 93 GruchotsBeitr. 38 1064; vgl. auch KGJ. 6 64), wenn mehrere Miteigentümer das Grundstück in eine offene Handelsgesellschaft einlegen, bei der sie zu denselben Bruchteilen beteiligt sind, wie am Grundstück. Selbst dann wurde ein Eigentumswechsel als nicht vorhanden angesehen (RG. 30 152), wenn die Einlegenden an Gewinn und Verlust der Gesellschaft zu anderen Bruchteilen beteiligt sind, als zu denen sie Miteigentümer waren; ein Miteigentum der Gesellschafter an den einzelnen Gesellschaftssachen sei ebensowenig wie ein Miteigentum an bestimmten Bruchteilen des Gesellschaftsvermögens (§ 105 Anm. Ig 2) vorhanden.

Zutreffend indessen erscheint die gegenteilige neuere Rechtsprechung, wonach gerade weil kein Miteigentum der offenen Handelsgesellschafter an den Gesellschaftssachen (§ 105 Anm. Ig 2, 3) und kein Eigentum zu bestimmten Bruchteilen am Gesellschaftsvermögen besteht, ein Eigentumswechsel in der Tat vorliegt, und mithin Auflassung nicht entbehrt werden kann (RG. 56 101, ObLG. München 30 XII 03 OLGRspr. 10 239, KGJ. 17 45), zumal auch eine besondere Übertragungshandlung erforderlich ist (§ 105 Anm. Ih 4). Es liegt allerdings kein Veräußerungsvertrag zu grund, wenn man unter „Veräußerung

ein verkaufähnliches Geschäft versteht (so RG. 30 152, KGJ. 6 67) und nicht vielmehr jeden Eigentumsübergang auf Grund dinglicher Einigung (so RG. 56 100, KGJ. 17 48, BGB. § 925). Ein Eigentumswechsel bezüglich des ganzen Grundstücks, nicht nur bezüglich eines Bruchteils, liegt daher vor, wenn ein Gesellschafter sein Grundstück an die Gesellschaft aufläßt (OLG. Posen 13 VI 04 OLGRspr. 9 193).

3. Veräußerung von Gesellschaftseigentum an Gesellschafter. Entsprechend den Grundsätzen, die für den Erwerb von Gesellschaftersachen durch die Gesellschaft anzunehmen sind (oben zu 2), enthält auch die Verteilung von Gesellschaftssachen an die Gesellschafter einen Eigentumswechsel (RG. 56 432), und daher ist Auflassung erforderlich für die Umschreibung des für die Gesellschaft eingetragenen Grundstücks auf die einzelnen Gesellschafter (KG. 21 XII 03 EntschFG. 4 125 OLGRspr. 9 306; vgl. RG. 57 434), und zwar auch nach Auflösung der Gesellschaft durch Tod eines Gesellschafters (KG. 12 I 03 OLGRspr. 6 260). Ebenso bei Umschreibung des für die Gesellschaft eingetragenen Grundstücks auf einen der Gesellschafter, der bei freiwilligem Ausscheiden der übrigen das Geschäft mit Firma fortführt (§ 142 Anm. VI). Auch bei Übertragung des für eine von mehreren Gesellschaften der gleichen Gesellschafter eingetragenen Grundstücks auf die andere dieser Gesellschaften (KG. 31 X 04 KGJ. 28 A 253 OLGRspr. 10 408). Eine Umschreibung des Gesellschaftsgrundstücks nach Auflösung der Gesellschaft auf die Gesellschafter als Gesamthänder ohne Auflassung ist nicht angängig, da eine von der offenen Handelsgesellschaft verschiedene Gesamthandsverbindung der Gesellschafter nicht fortbesteht (KG. 21 XII 03 EntschFG. 4 125 KGJ. 27 A 277), mithin in einer derartigen Übertragung die Veräußerung des Grundstücks seitens der offenen Handelsgesellschaft an eine von ihr verschiedene gemeinbürgerliche Gesamthandsgesellschaft läge. — Über den Übergang ohne Übertragungshandlung bei Fortsetzung einer aufgelösten oHG. durch nachträglichen Beschluß der Gesellschafter vgl. § 131 Anm. III. Ob im Fall des § 142 besondere Übertragungshandlung erforderlich, vgl. § 142 Anm. IV. Kein Eigentumsübergang liegt in Umschreibung auf die neue Firma bei Firmenänderung ohne Änderung des Geschäftsherrn (KG. 31 X 04 KGJ. 28 A 253 OLGRspr. 10 408).

4. Belastung des Anteils eines Gesellschafters an einer Gesellschaftssache? Da am Gesellschaftsgrundstück nicht Eigentum und jedenfalls nicht Bruchteilseigentum der einzelnen Gesellschafter besteht, so ist, selbst bei Zustimmung aller Gesellschafter, unzulässig die Eintragung einer Hypothek oder sonstigen Belastung auf dem Anteil eines einzelnen Gesellschafters (KG. 9 XII 01 EntschFG. 3 43 KGJ. 24 A 126).

c. **Klagen und Verklagtwerden vor Gericht.**

1. Allgemeines. Auch die Bestimmung, daß die oHG. „vor Gericht klagen und verklagt werden“ könne, ist — wenn die in § 124 Abs. 1 aufgeführten Beispiele überhaupt erschöpfend sein sollen — enger gefaßt als gemeint. Nicht nur auf dem Gebiet der streitigen, sondern auch auf dem der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann die Gesellschaft unter ihrer Firma auftreten. Über die Zulässigkeit des Gebrauchs der Firma (auch der Gesellschaftsfirma) im Rechtsstreit vgl. § 17 Anm. IIId. Über den Gebrauch der Firma im Grundbuchverkehr vgl. § 17 Anm. IIIe. Über Zustellungen an die Gesellschaft vgl. CPO. § 171 Abs. 3, § 48 Anm. IVb. Der § 50 Abs. 1 CPO. bestimmt: „Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist.“ Da die offene Handelsgesellschaft rechtsfähig ist (oben Anm. Ia), so ist sie auch parteifähig im Sinn der CPO. (RG. 14 20, 45 342, RG. 3 V 98 JW. 420[15]). Andererseits ist sie nicht prozeßfähig, da sie nur durch Vertreter handeln kann (vgl. RG. 17 370, 45 342).

2. Partei im Rechtsstreit der Gesellschaft ist nur sie, nicht auch sind Partei die einzelnen Gesellschafter (vgl. RG. 45 341; dagegen RG. 46 41, 49 343). Die Redewendung „wirkliche Partei sind die Gesellschafter, wenn auch nur als solche und in Beziehung auf ihre in der Gesellschaft beruhende Vereinigung“ (so z. B. RG. 6 VII 01 JW. 654[13]) ist mit Vorstehendem gleichbedeutend, denn „die Gesellschafter nur als solche und in Beziehung auf ihre in der Gesellschaft beruhende Vereinigung“ sind (kürzer ausgedrückt) „die Gesellschaft“ und sind eine andere Partei als „die Gesellschafter nicht als solche und

ohne Beziehung auf ihre in der Gesellschaft beruhende Vereinigung" oder (kürzer ausgedrückt) „die Gesellschafter". Die vom RG. 49 344 dahingestellt gelassene Frage, ob eine gegen die offene Handelsgesellschaft erhobene Klage im Lauf des durch sie anhängig gewordenen Rechtsstreits auch gegen die einzelnen Gesellschafter gerichtet werden kann, muß verneint werden (vgl. jedoch unten zu 7), weil das Gegenteil mit der in § 129 bestimmten Sonderung beider Klagen unvereinbar wäre. Das RG. 49 426 muß anerkennen, daß nach Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer fortbestehenden Gesellschaft „die unter der Gesellschaftsfirma zusammengefaßte Gesamtheit" Prozeßpartei „bleibt", also doch auch schon vorher war. — Da die Gesellschaft und nicht die Gesellschafter Partei im Rechtsstreit der Gesellschaft sind, so folgt, daß zwei offene Handelsgesellschaften, die aus denselben Gesellschaftern bestehen, gegeneinander klagen können, wenn nur nicht (BGB. § 181) dieselben Gesellschaftsvertreter einander gegenüberstehen, sondern z. B. auf der einen Seite ein Liquidator, der nicht Gesellschafter ist. Umsomehr ist mit gleicher Einschränkung ein Rechtsstreit zwischen zwei offenen Handelsgesellschaften möglich, die nur einen Gesellschafter gemein haben (OLG. Hamburg 15 VI 01 OLGRspr. 3 81). — Tritt eine offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma als Partei auf, so brauchen die einzelnen Gesellschafter nicht genannt zu werden, und ein Wechsel in der Person der Gesellschafter während des Rechtsstreits bleibt für diesen und überhaupt in der Regel in Hinsicht auf das Verfahren unerheblich (ROH. 9 17, § 17 Anm. IIId). Sind die einzelnen Gesellschafter genannt („Handelsgesellschaft B. & H., bestehend aus B. und H."), so werden sie hierdurch noch nicht zur Partei (RG. 13 97). Die Klage gegen die Gesellschaft ist rechtlich verschieden von der Klage gegen den einzelnen Gesellschafter, und die Umwandlung der einen Klage in die andere ist eine Klageänderung (RG. 36 141). Mithin kommt für Unterbrechung und Aussetzung des Rechtsstreits der Gesellschaft nur der Wegfall eines vertretungsberechtigten Gesellschafters bzw. Liquidators, nicht auch der Wegfall eines nichtvertretungsberechtigten Gesellschafters in Betracht (RG. 45 342). In anderen, insoweit nicht für zutreffend zu erachtenden Entscheidungen (RG. 3 57 und die unten zu 4 angeführten) ist angenommen, daß bei einer gegen die Gesellschaft gerichteten Klage jeder einzelne Gesellschafter, auch der nichtvertretungsberechtigte, Partei sei, daß mithin (CPO. § 265) auch durch sein Ausscheiden im Lauf des Rechtsstreits seine Parteieigenschaft nicht ohne Einwilligung des Gegners aufgehoben werde (RG. 28 XI 99 JW. 00 18[28]). — Wird gleichzeitig gegen Gesellschaft und Gesellschafter geklagt, so sind die Kosten der doppelten Zustellung erstattungsfähig (dagegen LG. I Berlin 16 VI 02 KGBl. 95), da bei Erteilung des Zustellungsauftrages nicht vorauszusehen ist, ob Ersatzzustellungen notwendig werden, diejenigen Personen aber, an die eine Ersatzzustellung für die Gesellschaft erfolgen darf, zum Teil verschieden sind von denen, an die eine Ersatzzustellung für den Gesellschafter bewirkt werden darf. — Ist ursprünglich nur gegen die Gesellschaft geklagt, so können nur mit Einwilligung der Gesellschaft auch die Gesellschafter nachträglich als Prozeßparteien in den Rechtsstreit mit aufgenommen werden (KG. 21 VI 05 KGBl. 96). — Über die Wirkung des in einem Rechtsstreit der Gesellschaft ergangenen Urteils auf die Gesamthaftung der Gesellschafter vgl. § 129, § 128 Anm. IIIb. — Die einzelnen Gesellschafter können in eigenem Namen weder zu Gunsten der Gesellschaft noch zu eigenen Gunsten Forderungsrechte oder dingliche Rechte der Gesellschaft geltend machen (RG. 25 III 99 JW. 342[21]). Insbesondere über Aufrechnung vgl. § 105 Anm. Ig 4, § 129 Anm. IIc. — Macht ein einzelvertretungsberechtigter Gesellschafter namens der Gesellschaft einen Rechtsstreit anhängig, so steht auch einem durch andere Vertreter namens der Gesellschaft demnächst anhängig gemachten Rechtsstreit die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen. Treten für die Gesellschaft in einem Rechtsstreit mehrere Vertreter auf, und geben sie einander widersprechende Erklärungen ab, so ist ebenso zu verfahren, wie wenn notwendige Streitgenossenschaft (CPO. § 62) vorläge (RG. 34 366).

3. Intervention eines Gesellschafters. In dem Rechtsstreit der Gesellschaft kann der einzelne Gesellschafter, selbst der nicht vertretungsberechtigte, aus eigenem Recht intervenieren, da das in jenem Rechtsstreit ergehende Urteil auch ihm gegenüber Wirkungen äußert (RG. 5 70, 45 341; vgl. RG. 34 361).

4. Gesellschafter als Zeuge. Nach RG. 32 399 können in einem Rechtsstreit der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft auch die nichtvertretungsberechtigten Gesellschafter nicht als Zeugen vernommen werden, weil sie Partei seien. Ebenso nach RG. 17 365, 35 389 nicht die Gesellschafter einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft, die nicht Liquidatoren sind. Diese Entscheidungen erscheinen nicht haltbar (vgl. oben zu 2). Wären sie richtig, so würde dies dazu führen, daß der nichtvertretungsberechtigte Gesellschafter überhaupt nicht gehört werden kann, weder als Zeuge, noch (da ihm kein Eid zugeschoben oder auferlegt werden kann; unten zu 5) als Partei. Die Entscheidung tritt auch in Widerspruch zu den oben zu 3 angeführten anderen Entscheidungen, nach denen jeder Gesellschafter im eigenen Namen bei einem Rechtsstreit der Gesellschaft intervenieren kann; nur wer nicht Partei ist, hat ein Recht zur Intervention. — Dagegen sind die vertretungsberechtigten Gesellschafter Parteivertreter; als solche haben sie Parteieide zu leisten (unten zu 5) und können daher nicht als Zeugen vernommen werden. So auch jeder von mehreren gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern (RG. 46 319). Die Zeit der Zeugnisablegung ist maßgebend für die Frage nach der Fähigkeit, Zeuge zu sein (RG. 46 320). Der aus einer im übrigen fortbestehenden offenen Handelsgesellschaft ausgeschiedene Gesellschafter kann fortan als Zeuge in dem bereits vor seinem Ausscheiden anhängigen Rechtsstreit der Gesellschaft vernommen werden (RG. 49 426).

5. Eidesleistung. Die D. 92 bemerkt: „Ob und inwieweit auf die vertretungsberechtigten Gesellschafter die für gesetzliche Vertreter geltenden Vorschriften anwendbar sind, kann, wie bisher, der Entscheidung durch Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben. Von praktischer Bedeutung ist hierbei hauptsächlich die Frage, wer in Prozessen der Gesellschaft die Parteieide zu leisten hat; diese Frage hat das Reichsgericht in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung dahin beantwortet, daß nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter zu schwören haben (CPO. §§ 473, 474, 477), und es liegt kein Grund vor, dem entgegenzutreten." — Über die Eigenschaft der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft als „gesetzlicher Vertreter" im Sinn der CPO. vgl. § 125 Anm. Ic. Ein der Gesellschaft zugeschobener Eid ist nach CPO. § 474 Satz 1, § 472 von allen Gesellschaftern zu leisten, die zur Zeit der Eidesleistung von der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossen sind, also auch von den erst nach Beginn des Rechtsstreits in die Gesellschaft eingetretenen, und nicht auch von den vor der Eidesleistung ausgeschiedenen Gesellschaftern (RG. 14 20, 45 341, 429; ebenso ROH. 9 18, 16 396, 20 181, 21 344, RG. 3 V 98 JW. 420[15]). Eine nach Eidesleistung aber vor dem Urteil erfolgende Änderung in den Personen der Vertretungsberechtigten nimmt dem geleisteteten Eid nicht seine Wirkung als voller Beweis (RG. 19 IV 00 JW. 440[11]). Während der Liquidation haben die Liquidatoren und nur diese den Eid zu leisten (ROH. 21 344, 391, RG. 17 369, 45 342). Alle vertretungsberechtigten Gesellschafter (bzw. Liquidatoren) haben den Eid zu leisten, auch wenn sie einzelvertretungsberechtigt sind (CPO. § 474 Satz 1; vgl. ROH. 14 171, 23 312). Betrifft der Eid die eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen nur einiger oder eines der Vertreter, so ist er von den übrigen nicht zu leisten (CPO. § 474 Satz 2). Bei verschiedenem Verhalten der mehreren Eidespflichtigen gegenüber dem Eid entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen (CPO. § 474 Satz 1, § 472 Abs. 2). — Was nach CPO. § 473 vom zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid gilt, findet nach CPO. § 477 Abs. 1 auf den richterlichen Eid entsprechende Anwendung.

6. Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen. Der § 736 CPO. bestimmt: „Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 BGB. eingegangenen Gesellschaft ist ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich." Diese Bestimmung ist nach HGB. § 124 Abs. 2 nicht auch anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft, da sie — abweichend von der gewöhnlichen Gesellschaft des BGB. § 705 — selbständige Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit besitzt. Eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer offenen Handelsgesellschaft ist mithin nicht

auch zulässig auf Grund eines gegen sämtliche Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels; das Gesellschaftsvermögen ist dem unmittelbaren Zugriff der Privatgläubiger selbst dann entzogen, wenn für die Schuld alle Gesellschafter haften (D. 90). In JMBl. 00 29 wird versucht, auszuführen, daß auf Grund des gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils unmittelbar auch in diejenigen Stücke des Gesellschaftsvermögens vollstreckt werden könne, die sich im Gewahrsam eines einzelnen Gesellschafters befinden, auch wenn dieser sich nicht gemäß CPO. § 809 bereit zur Herausgabe erkläre. Über die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter bestimmt § 129 Abs. 4. Über die Zwangsvollstreckung gegen den Erwerber eines Handelsgeschäfts wegen der aus der Zeit vor dem Erwerb herrührenden Forderungen vgl. HGB. § 25 Anm. IIIb.

7. Auflösung der Gesellschaft nach Rechtshängigkeit. Wird die vorhandene Gesellschaft aufgelöst, so wird — wenn hierdurch, wie in der Regel, die Vertretungsmacht der bisherigen Vertreter sich ändert (RG. 34 362) — das Verfahren unterbrochen (CPO. § 241), falls nicht eine Vertretung der Gesellschaft durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfand (CPO. § 246); neue gesetzliche Vertreter sind dann die Liquidatoren oder — bei Auflösung durch Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen — der Konkursverwalter. Wird die Gesellschaft aufgelöst, ohne daß Liquidation oder Konkurs eintritt, so finden, so lange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, im Verhältnis zu Dritten die für die Liquidation geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 158). Die sämtlichen Gesellschafter als Liquidatoren (§ 146) sind daher zur Aufnahme des Verfahrens berechtigt und können als neue Vertreter zur Aufnahme gezwungen werden. Ist kein ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden, so fällt durch Auflösung ohne Liquidation oder Konkurs die eine im Rechtsstreit befangene Partei überhaupt fort. Ebenso bei sonstiger Vollbeendigung, z. B. Beendigung der Liquidation. Ob man in diesem Fall den § 239 CPO. (Tod einer Partei) für entsprechend anwendbar und die Gesellschafter als Rechtsnachfolger ansieht, oder eine Aufnahme für ausgeschlossen erklärt, hängt davon ab, ob man — was wohl mit Maßgaben bezüglich der Schuldenhaftung zutreffend — zugestehen will, daß in solchem Fall die Gesellschafter Rechtsnachfolger der Gesellschaft sind (vgl. KGJ. 14 56; dagegen RG. 46 42, RG. 6 VII 01 JW. 654[18]). Das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (RG. 35 389, 46 39, RG. 13 II 01 JW. 226[8], 28 IX 06 JW. 388[10]), von der Ansicht ausgehend, daß das Verklagen unter der Gesellschaftsfirma nur ein Verklagen der Gesellschafter in bezug auf ihren betreffs ihrer Verbindung bestehenden Rechts- und Pflichtenkreis sei (vgl. oben zu 2), will bei Vollbeendigung der Gesellschaft — ohne Unterbrechung und Aufnahme — die Gesellschafter als notwendige (RG. 46 321; ebenso KG. 10 IV 01 OLGRspr. 3 148) Streitgenossen an die Stelle der Gesellschaft treten lassen, was mit HGB. §§ 128, 129 nicht vereinbar erscheint. Das RG. 46 41 (vgl. jedoch CPO. § 63, RG. 49 420) gestattet sogar Fortsetzung des Rechtsstreits nur gegen einen der mehreren früheren Gesellschafter, während gegenüber den übrigen der Rechtsstreit anhängig bleibe, bis er zurückgenommen sei. Der so in Anspruch genommene Gesellschafter kann nicht mit Erfolg einwenden, daß das Gericht, vor dem der Rechtsstreit gegen die Gesellschaft schwebte, ihm gegenüber unzuständig sei (RG. 49 420). Ein einzelner der früheren Gesellschafter kann einen namens der Gesellschaft angestellten Rechtsstreit nach deren Auflösung nicht ohne Zustimmung des Gegners fortsetzen (CPO. § 265, RG. 46 321, RG. 28 IX 03 JW. 389[19]). Wird das Geschäft mit Aktiven und der Firma während Laufs des Rechtsstreits veräußert, so greift § 25 ein; die Forderungsberechtigung des Veräußerers kann hierdurch erlöschen (RG. 28 IX 03 JW. 389[19], § 25 Anm. IIIc). Bei Zugrundlegung des — hier verworfenen — obigen Standpunkts des Reichsgerichts, daß die Gesellschafter auch bei Anstellung einer Klage namens der Gesellschaft von Anfang an Klagpartei seien, würde folgen, daß derjenige Gesellschafter, dem bei Gesellschaftsauflösung das Geschäft mit Firma und Forderungen zwecks Fortführung übertragen ist, in dem für die mehreren früheren Gesellschafter anhängig bleibenden Rechtsstreit nunmehr Zahlung an sich allein fordern kann. Auch bei Zugrundlegung jenes Standpunkts kann aber nicht ein gegen die Gesellschaft ergangenes bedingtes Urteil nach

Eidesweigerung eines Gesellschafters der demnächst aufgelösten Gesellschaft gegen die Gesellschafter geläutert werden (OLG. Köln 19 X 01 OLGRspr. 3 344). Dagegen wurde angenommen, daß die Vollstreckungsklausel bezüglich eines gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils nach deren Auflösung auf die Gesellschafter, mindestens unter Beschränkung auf das bisherige Gesellschaftsvermögen, umgeschrieben werden könne (KG. 27 IX 01 OLGRspr. 3 345). Wird bei Auflösung oder auch ohne Auflösung die eingeklagte Gesellschaftsforderung oder Gesellschaftsschuld von einer einzelnen Person oder von einer neuen Gesellschaft übernommen, so sind diese Person oder die neue Gesellschaft Rechtsnachfolger (ROH. 14 5, RG. 35 389; vgl. § 142 Anm. VI) und können nur als solche am Rechtsstreit teilnehmen (CPO. § 265; vgl. Bolze 12 Nr. 505).

d. **Gesellschaftskonkurs.**

1. Die Konkursordnung bestimmt:

§ 209: „Im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien findet über das Gesellschaftsvermögen ein selbständiges Konkursverfahren statt. Über das Vermögen einer Kommanditgesellschaft auf Aktien findet das Konkursverfahren auch im Falle der Überschuldung statt.

Die Vorschrift des § 207 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung."

§ 207 Abs. 2: „Nach Auflösung einer Aktiengesellschaft ist die Eröffnung des Verfahrens so lange zulässig, als die Verteilung des Vermögens nicht vollzogen ist."

§ 210: „Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist außer den Konkursgläubigern jeder persönlich haftende Gesellschafter und jeder Liquidator berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen persönlich haftenden Gesellschaftern oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn bei der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft die Zahlungsunfähigkeit, bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien die Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter oder die Liquidatoren nach Maßgabe des § 105 Abs. 2, 3 zu hören."

§ 211: „Ein Zwangsvergleich kann nur auf Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter geschlossen werden.

Der Zwangsvergleich begrenzt, soweit er nicht ein anderes festsetzt, zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter." (Nicht auch die Haftung der bei Konkurseröffnung schon ausgeschiedenen früheren Gesellschafter; RG. 29 40, 56 366, vgl. § 129 Anm. I a.)

§ 212: „In dem Konkursverfahren über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters können die Gesellschaftsgläubiger, wenn das Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist, Befriedigung nur wegen desjenigen Betrags suchen, für welchen sie in dem letzteren Verfahren keine Befriedigung erhalten.

Bei den Verteilungen sind die Anteile auf den vollen Betrag der Gesellschaftsforderungen zurückzubehalten, bis der Ausfall bei dem Gesellschaftsvermögen feststeht.

Im übrigen finden auf die bezeichneten Forderungen die Vorschriften der §§ 64, 96 entsprechende Anwendung."

§ 64: „Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, kann die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist."

§ 96: „Ob und zu welchem Betrage Forderungen, für welche abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, in Ansehung ihres mutmaßlichen Ausfalls, sowie Konkursforderungen unter aufschiebender Bedingung zum Stimmen in einer Gläubiger-

versammlung berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt."

2. Die Möglichkeit eines selbständigen Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen besteht nicht auch für die gemeinbürgerliche Gesellschaft. Die Bedeutung des „selbständigen" Konkursverfahrens besteht darin, daß in ihm nur die Gesellschaftsgläubiger ihre Befriedigung suchen können (D. 96).

3. Einwirkung des Gesellschaftskonkurses auf die Gesamthaftung der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft. Hierüber vgl. § 129 Anm. II d.

4. Fortdauer eines Teiles der Rechtsbeziehungen der Gesellschaft trotz Auflösung durch den Gesellschaftskonkurs. Hierüber vgl. für die oHG. § 131 Anm. II. Entsprechend für die AG. und KAG.: § 292 Anm. I c, § 320 Anm. VI d 1 γ. Soweit die KO. §§ 209 ff. keine Sonderbestimmungen enthält, bleibt — abweichend vom Fall der Liquidation (§ 146 Anm. I) — die Unterscheidung zwischen vertretungsermächtigten und nicht vertretungsermächtigten Gesellschaftern auch während des Konkurses bestehen.

5. Gesellschafteransprüche im Gesellschaftskonkurs. Die D. 96 bemerkt: „Über sonstige Fragen, die sich in bezug auf den Konkurs der offenen Handelsgesellschaft erheben lassen, bedarf es keiner neuen gesetzlichen Vorschriften. Insbesondere kann die Frage, ob auch Ansprüche von Gesellschaftern auf rückständigen Gewinn im Konkurse der Gesellschaft geltend gemacht werden können, der Entscheidung durch Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben." Die Anmeldung von Ansprüchen der Gesellschafter an die Gesellschaft ist jedenfalls zuzulassen soweit der angemeldete Anspruch die Eigenschaft eines Gläubigerrechts hat, also in den Fällen § 128 Anm. II a 3 und 4. Aber auch der Anspruch auf die zulässigen Entnahmen (§ 128 Anm. II a 2) darf an sich durch Anmeldung geltend gemacht werden (ROH. 25 206 ohne Beschränkung: „die Geldforderungen und Schulden aus dem Rechtsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern"), denn der Gesellschaft gegenüber kommt der Gesichtspunkt einer unzulässigen Forderung auf Einlageerhöhung nicht in Betracht, im Verhältnis zur Gesellschaft steht daher der Fall § 128 Anm. II a zu 2 denen zu 3 und 4 an sich gleich. Dennoch ist bezüglich des Anspruchs auf Entnahme eine Beschränkung zu machen. Der § 122 gibt dem Gesellschafter nur ein Recht, das Verlangen auf Entnahme zu stellen. Ein Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Summe ist aber erworben (begründet) erst, wenn dies Verlangen wirklich gestellt ist. Daher kann im Gesellschaftskonkurs der Entnahmeanspruch nicht angemeldet werden, soweit zur Zeit der Konkurseröffnung das Verlangen auf Auszahlung noch nicht gestellt war (KO. § 3 Abs. 1); dagegen kann er angemeldet werden, soweit dies bereits geschehen war. Staub § 131 Anm. 12 will auch im letzeren Fall die Anmeldung nicht zulassen, denn die Entnahmen seien „nur ein aus Billigkeitsgründen gewährter Vorschuß auf möglichen Endgewinn, für dessen Gewährung aber die bestehende und in ihrer Produktivität nicht gehemmte Gesellschaft vorausgesetzt wird." Wird nur das Verlangen auf Auszahlung während bestehender Gesellschaft gestellt, so muß dies genügen, zumal der Anspruch auf den Gewinnanteil übertragbar ist, der bei Konkurseröffnung Berechtigte also nicht einmal ein Gesellschafter zu sein braucht. Den Gesellschaftsgläubigern wird nicht zu nahe getreten, denn ihnen bleibt der Anspruch in den Privatkonkursen, und die Übertragung des Gewinnanteils kann im Privatkonkurs anfechtbar sein. — Über Geltendmachung der Forderung des Aktionärs auf festgestellten Reingewinn im Konkurs der AG. vgl. § 213 Anm. II c 3.

III. Vertretung (§§ 125—127).

§ 125.

Vertretungsermächtigte.

Zur Vertretung der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß alle oder mehrere Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen (Gesammtvertretung). Die zur Gesammtvertretung berechtigten Gesellschafter können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem der zur Mitwirkung bei der Vertretung befugten Gesellschafter.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Gesellschafter, wenn nicht mehrere zusammen handeln, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen. Die Vorschriften des Abs. 2 Satz 2, 3 finden in diesem Falle entsprechende Anwendung.

Der Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretung, die Anordnung einer Gesammtvertretung oder eine gemäß Abs. 3 Satz 1 getroffene Bestimmung sowie jede Aenderung in der Vertretungsmacht eines Gesellschafters ist von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

ADH. Art. 115, 86 Abs. 2 Ziff. 4. **Entw. I** § 113. **Entw. II** § 123.

I. **Vertretung.**

a. **Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.** Die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über Vertretung (BGB. §§ 164, 165, 166 Abs. 1, 177—181) kommen auch auf die Vertretung der Gesellschaft durch den offenen Gesellschafter zur Anwendung. Hieraus ergibt sich der Grundsatz, daß die von dem Vertretungsberechtigten innerhalb seiner Vertretungsmacht und namens der Gesellschaft abgegebene Erklärung unmittelbar für und gegen die Gesellschaft wirkt (BGB. § 164, D. 92). — Der § 714 BGB. bestimmt: „Soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten.“ Der offene Handelsgesellschafter ist überhaupt nicht berechtigt, die anderen Gesellschafter zu vertreten (§ 126 Anm. I d). Aber auch auf die Vertretung der Gesellschaft ist BGB. § 714 nicht entsprechend anwendbar, weil ihm die Voraussetzung zu grund liegt, daß als gesetzliche Regel nur Gesamtgeschäftsführung stattfindet, was für die offene Handelsgesellschaft während ihres Bestehens nicht zutrifft (§ 115). Abweichend für die Zeit der Liquidation (§ 156 Anm. II 3). — Ob bei Verletzungen durch unerlaubte Handlungen Dritter die Gesellschaft oder die Gesellschafter die Verletzten sind, ob daher bei Verfolgung solcher Verletzungen die Gesellschafter in eigenem Namen oder im Namen der Gesellschaft vorzugehen haben, vgl. § 124 Anm. II a.

b. **Namens der Gesellschaft** muß die Willenserklärung erfolgen, um für sie wirksam zu sein. Es macht indessen keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen der Gesellschaft erfolgt, oder ob nur die Umstände ergeben, daß sie in deren Namen erfolgen soll (BGB. § 164 Abs. 1 Satz 2). Ein solches Prüfen der begleitenden Umstände wird namentlich dann erforderlich, wenn der Name des vertretungsberechtigten Gesellschafters und die Firma der Gesellschaft übereinstimmen (RG. 17 75). Steht der Wille, namens der Gesellschaft und mit ihr einen Vertrag zu schließen, fest, so ist — abgesehen von den strengeren für das Wechselrecht angenommenen Grundsätzen — eine ungenaue oder irrige Bezeichnung derselben, insbesondere der Gebrauch einer ungenauen Firma, ohne Einfluß auf die Gültigkeit des Vertrages und seine Verbindlichkeit für die Gesellschaft (§ 17 Anm. III b 2, RG. 28 120). Immerhin müssen sowohl der vertrag=

schließende Gesellschafter, *wie auch der Dritte* den Willen haben, daß der Vertrag für die *Gesellschaft* geschlossen werde, da es sonst an der erforderlichen Einigung über die Person des einen Vertragschließenden fehlen würde (ROH. 16 357). An dieser Willenseinigung fehlt es, wenn *nur* der Vertragsgegner glaubte, daß für die Gesellschaft vertraggeschlossen werden solle (RG. 5 II 01 JW. 163 [14]). Dagegen fehlt es *nicht* an der Willenseinigung, wenn der Gesellschafter für die Gesellschaft vertragschließen wollte, und der Vertragsgegner (wenn auch ohne Kenntnis von dem Bestehen einer Gesellschaft — wie dies bei Kaufleuten als Regel anzunehmen — den Willen hatte, mit dem wirklichen Inhaber des Geschäfts, *gleichviel wer* dies sei, ob ein einzelner oder eine Gesellschaft, vertragzuschließen (RG. 30 78). Nur wenn nachgewiesen werden kann, daß ausnahmsweise der Vertragsgegner gerade mit der ihm gegenüberstehenden *Person* vertragschließen wollte, ist anwendbar BGB. § 164 Abs. 2: „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht." Handelt ein Gesellschafter nach außen in eigenem Namen, wenngleich für Rechnung der Gesellschaft, so wird nur er, nicht die Gesellschaft, nach außen berechtigt und verpflichtet. Erwirbt er aus einem solchen Gesellschaft in eigenem Namen Eigentum, so bedarf es einer neuen Übertragungshandlung, wenn er das Erworbene zu Eigentum der Gesellschaft machen will (OLG. Hamburg 22 XII 04 OLGRsp. 10 186; vgl. § 383 Anm. XI g). Dafür, daß ein vertretungsberechtigter Gesellschafter für die Gesellschaft und nicht für sich handele, besteht keine überwiegende Wahrscheinlichkeit, selbst nicht insoweit das Verbot des Eigenhandels entgegensteht (ROH. 18 227); ebenso — soweit nicht BGB. § 164 Abs. 2 eingreift — keine überwiegende Vermutung für das Gegenteil (ROH. 22 62).

c. **Ist der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft gesetzlicher Vertreter?** Das BGB. unterscheidet 1. durch Rechtsgeschäft ermächtigte Vertreter (= Bevollmächtigte, BGB. § 166 Abs. 2), 2. gesetzliche Vertreter (z. B. Vater, Mutter, Vormund, Pfleger), 3. Personen in der „Stellung eines gesetzlichen Vertreters". Zu den letzteren wird gerechnet der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins (BGB. § 26 Abs. 2) und einer Stiftung (BGB. § 86). Die D. 82 bemerkt: „Ob und inwieweit auf die vertretungsberechtigten Gesellschafter die für gesetzliche Vertreter geltenden Vorschriften anwendbar sind, kann, wie bisher, die Entscheidung durch Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben." Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft erhalten ihre Vertretungsmacht nicht unmittelbar aus dem Gesetz (wie Vater und Mutter) oder durch Handlung der Staatsgewalt (wie Vormund und Pfleger), sondern aus privater, in der Abschließung des Gesellschaftsvertrages liegender Übertragung der Vertretungsmacht (RG. 10 302; *dagegen* RG. 15 131). Eine gleiche private Übertragung liegt aber auch in der Wahl zum Vorstandsmitglied eines rechtsfähigen Vereins. Man wird daher anzunehmen haben, daß die beiden letzteren Fälle in der hier fraglichen Beziehung gleich liegen, daß mithin auch der vertretungsberechtigte Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft „*in der Stellung eines gesetzlichen Vertreters*" ist. Die Personen „in der Stellung eines gesetzlichen Vertreters" unterscheiden sich von „Bevollmächtigten" dadurch, daß bei ersteren (ebenso wie in den gewöhnlichen Fällen gesetzlicher Vertretung) der Vertretene nicht *selbständig* nach außen auftreten könnte, mithin für die tatsächliche Benutzung seiner Rechtsfähigkeit eines Vertreters bedarf, während der Bevollmächtigende auch *selbst* handelnd auftreten könnte. — Die CPO. faßt unter der Bezeichnung „gesetzliche Vertreter" die *beiden* oben zu 2 und 3 genannten Arten zusammen. Begriffsbestimmung in CPO. § 51: „die Vertretung nicht prozeßfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter)". Für das Anwendungsgebiet der CPO. ist daher der vertretungsberechtigte Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft „gesetzlicher Vertreter"; einen Anwendungsfall vgl. in § 124 Anm. II c 5.

d. **Haftung der offenen Handelsgesellschaft für Verschulden und für widerrechtliche Schadenszufügung eines Gesellschafters.**

1. *Gemeinsames.* Maßgebend sind die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts (P. 4518, 4528, ROH. 19 202, RG. 10 302). Die D. 93 bemerkt: „Die Frage, inwieweit die Gesellschaft für den Schaden verantwortlich ist, den ein vertretungsberechtigter Gesell-

schafter bei seinen Verrichtungen einem Dritten zufügt, hat durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Lösung gefunden." Nach dem in Anm. I c Bemerkten wird anzunehmen sein, daß dasjenige gilt, was für Personen „in der Stellung eines gesetzlichen Vertreters" bestimmt ist. Insoweit für diese keine Sonderbestimmungen im BGB. gegeben sind, müssen die Vorschriften über gesetzliche Vertreter entsprechend zur Anwendung gebracht werden.

2. Verschulden bei bestehendem Schuldverhältnis insbesondere. Die offene Handelsgesellschaft hat ein Verschulden des vertretungsberechtigten Gesellschafters in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden (BGB. § 278, Bolze 1 Nr. 960, RG. 25 III 99 JW. 305 [14]); jedoch nur bei Erfüllung von Verbindlichkeiten, da BGB. § 278 ein schon vorher bestehendes Schuldverhältnis voraussetzt (RG. 49 28).

3. Widerrechtliche Schadenszufügung insbesondere. Bei widerrechtlicher Schadenszufügung findet BGB. § 831 auf die Haftung der Gesellschaft für die Handlung eines geschäftsführungsbefugten Gesellschafters (ohne Rücksicht auf etwaige Vertretungsmacht) Anwendung, denn durch die Verleihung der Geschäftsführungsbefugnis „bestellt" die Gesellschaft „einen anderen" (den Gesellschafter) „zu einer Verrichtung". Bei widerrechtlicher Schadenszufügung durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter (ohne Rücksicht auf etwaige Geschäftsführungsbefugnis) ist entsprechend anwendbar der eine strengere Haftung aussprechende § 31 BGB., der (wie auch durch die Verweisung auf ihn in § 86 für Stiftungen und in § 89 Abs. 1 für öffentlichrechtliche Körperschaften bekräftigt wird) eine allgemeine Bestimmung für Personen „in der Stellung gesetzlicher Vertreter" enthält:

> „Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt."

Dem entspricht auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG. 15 121, 17 93, 20 190, 32 35, 46 20), das namentlich hervorhebt (RG. 15 130, 20 196; vgl. RG. 7 XI 99 JW. 831 [15], es sei unzutreffend, daraus, daß eine Handlung in widerrechtlicher Absicht unternommen sei, zu folgern, daß sie deshalb nicht dem Geschäftskreis der Gesellschaft angehören könne. So bei Betrug unter Benutzung der Firma (RG. 17 95, 20 195) und überhaupt bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts namens der Gesellschaft (RG. 43 106) oder bei den Vorverhandlungen (RG. 57 94), Schädigung fremden Kredits durch falsche Behauptungen (RG. 29 VI 96 ZHR. 46 508), Verletzung fremder Urheber- oder Firmenrechte durch den Geschäftsbetrieb (RG. 15 125), Unterschlagung fremder in Verwahrung des Gesellschafters persönlich befindlicher Wertpapiere und deren Verpfändung namens der Gesellschaft, selbst wenn der Gesellschafter demnächst das vom Pfandnehmer für die Gesellschaft erhaltene Geld in seinem Privatnutzen verwendet (RG. 46 21). Ebenso bei Sachbeschädigung infolge fehlerhafter Ausführung eines Baues (RG. 32 35) und bei Ansprüchen aus dem Haftpflichtgesetz (RG. 15 54), selbst wenn die Beschädigung nur fahrlässig herbeigeführt ist. Auch eine nicht strafbare Handlung kann eine unerlaubte und mithin zum Schadensersatz verpflichtende sein (RG. 46 21). Die Gesellschaft haftet auch, wenn nur einer von mehreren Gesamtvertretungsberechtigten in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen der Schadenszufüger ist (RG. 57 94). „Verrichtungen" in BGB. § 31 umfaßt nicht nur die in Ausübung der Vertretungsmacht vorgenommenen Handlungen, sondern auch nichtrechtsgeschäftliche Tätigkeiten (RG. 57 94), letztere aber können im Einzelfall dem einzelnen Gesamtvertretungsberechtigten „zustehen" (RG. 57 94). Zulässig ist auch eine Klage gegen die Gesellschaft auf Unterlassung der Fortsetzung der Störung oder auf Beseitigung des eine solche Störung enthaltenden Zustandes, wenn die Störung durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen (d. h. im Geschäftsbetrieb) herbeigeführt ist (RG. 15 128).

e. **Persönliche Beziehungen und Wissen eines Gesellschafters.** Die Gesellschaft muß das Wissen eines vertretungsberechtigten Gesellschafters gegen sich gelten lassen (BGB. § 166 Abs. 1,

RG. 22 VI 00 JW. 625[10]). Ebenso die Arglist auch nur eines der mehreren handelnden vertretungsberechtigten Gesellschafter (RG. 12 XII 98 JW. 99 47[47]). Beides auch dann, wenn die mehreren Gesellschafter nur gesamtvertretungsberechtigt sind (RG. 53 231, RG. 2 II 85 GruchotsBeitr. 29 705, 12 XII 98 JW. 99 47[47]). Der böse Glaube auch nur eines vertretungsberechtigten Gesellschafters hindert einen vom Nichtberechtigten abgeleiteten Erwerb für die Gesellschaft (so, jedoch ohne Beschränkung auf vertretungsberechtigte Gesellschafter, RG. 9 145, OLG. Hamburg 3 III 91 ZHR. 40 458; vgl. BGB. § 166. Ein namens der Gesellschaft vorgenommenes Rechtsgeschäft ist anfechtbar, wenn nur in der Person eines der Gesellschafter (selbst eines im Einzelfall nicht handelnden) die Beziehungen oder Verhältnisse (z. B. Verwandtschaft) zum Dritten vorhanden sind, aus denen die Anfechtbarkeit folgt (RG. 43 106).

II. **Einzelvertretung.**

a. **Vertretungsmacht.** Vertretungsmacht ist die gegenüber Dritten, Geschäftsführungsbefugnis die gegenüber den übrigen Gesellschaftern bestehende Befugnis zu Handlungen für die Gesellschaft (§ 114 Anm. I). Eine gegenüber den Gesellschaftern bestehende Befugnis zur Ausübung der Vertretungsmacht (man kann sie als „Vertretungsbefugnis" bezeichnen) ist ein Zweig der Geschäftsführungsbefugnis (in § 125 Abs. 2 Satz 3 ist allerdings das Wort „befugt" im Sinn von „ermächtigt" gebraucht; vgl. § 235 Anm. I a). Geschäftsführung und Vertretung stehen nicht in dem Sinn in Gegensatz, daß in der Vornahme nicht rechtsgeschäftlicher Geschäftsführungshandlungen ausschließlich eine Geschäftsführung, nicht auch eine Vertretung liegen könnte (RG. 15 131). Als Regel steht jedem einzelnen Gesellschafter die Vertretungsmacht zu (hiervon abweichend für die gemeinbürgerliche Gesellschaft BGB. § 714). Die Ausnahme, daß er von der Vertretung ausgeschlossen (oder daß die Vertretungsmacht beschränkt) sei, ist (soweit nicht § 15 eingreift) von demjenigen, der das Vorliegen dieser Ausnahme behauptet, zu beweisen (ROH. 19 318); „wenn" ist nur durch „er" von „nicht" getrennt (Planck[3] Buch I Vorbemerkung V 6).

b. **Art der Zeichnung.** Das Gesetz enthält nicht (wie bezüglich der Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, §§ 51, 57) bestimmte Vorschriften über die Art, wie der vertretende Gesellschafter bei Abgabe schriftlicher Erklärungen für die Gesellschaft zeichnen soll. (Der § 108 Abs. 2 bestimmt nur darüber, welche Zeichnungen zum Zweck der Aufbewahrung bei dem Gericht abzugeben sind.) Üblich und genügend selbst für den Grundbuchverkehr (KG. 12 XI 00 KGJ. 21 A 104 OLGRspr. 2 279) und den Wechselverkehr (RG. 47 167) ist, daß der vertretende Gesellschafter nur die Firma, nicht auch außerdem seinen Namen zeichnet. Zulässig ist aber auch die letztere Art der Zeichnung (RG. 47 167), und bei Gesamtvertretung (unten Anm. III) üblich (dagegen, daß diese Art der Zeichnung vorgeschrieben werden könne, Str. 73 344; umgekehrt, daß gerade diese Art den Vorschriften des HGB. entspreche, KGJ. 13 171; nicht so zu verstehen ist das in KGJ. 13 171 hierfür angeführte ROH. 5 266). Überhaupt nicht der Gebrauch der Firma (§ 124 Anm. I b, § 17 Anm. III b 2, 3), geschweige denn eine bestimmte Form ihrer Zeichnung, ist für Rechtshandlungen namens der Gesellschaft notwendig, wenn nur anderweit feststeht, daß für die Gesellschaft gehandelt ist (BGB. § 164). So kann unter Umständen die Zeichnung „A. L. in Firma H. L." genügen (OLG. Marienwerder 18 IV 02 OLGRspr. 4 465).

III. **Gesamtvertretung durch Gesellschafter.**

a. **Das Anordnen einer Gesamtvertretung** enthält eine Beschränkung des der Regel nach (§ 125 Abs. 1) bestehenden Rechts zur Einzelvertretung. Die Anordnung kann daher in der Regel (Ausnahme: § 127) nur mit Zustimmung aller Gesellschafter getroffen werden, mithin nur durch „Gesellschaftsvertrag", d. h. (§ 109 Anm. II) in dem ursprünglichen Vertrag oder einer späteren vertraglichen Festsetzung. Die Anordnung muß so beschaffen sein, daß sie für Dritte als Anordnung einer Gesamtvertretung erkennbar ist; eine solche Anordnung einer Gesamtvertretung ist in genügend klarer Weise erklärt durch die Anordnung einer Gesamtzeichnung (RG. 24 28, 34 56). — Zulässig ist als Regel nur, daß der einzelne Gesellschafter entweder allgemein Einzelvertreter oder allgemein Gesamtvertreter ist. Dennoch

kann im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, daß ein Gesellschafter zwar allgemein Gesamtvertreter, einer einzelnen bestimmten Person gegenüber aber Einzelvertreter sein solle (RG. 24 28); der § 126 Abs. 2 greift nicht ein, da er sich nur auf den Umfang der Vertretungsmacht, nicht auf die Vertretungsmacht überhaupt bezieht (§ 126 Anm. II a). — Über Verschulden, widerrechtliche Schadenszufügung, Bösgläubigkeit eines einzelnen von mehreren Gesamtvertretern vgl. oben Anm. I d, e.

b. **Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter durch alle.**

1. Verhältnis des § 125 Abs. 2 Satz 2 zu BGB. § 181. Der § 181 BGB. bestimmt: „Ein Vertreter kann, soweit nicht ein Anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht." Hierin ist wohl nicht ein Verbot zu finden, als einer von mehreren Gesamtbevollmächtigten mit sich allein ein Rechtsgeschäft zu schließen (§ 48 Anm. IV c). Hieraus würde folgen, daß an sich nach BGB. die Gesamtvertreter zwar nicht ihre volle Vertretungsmacht, soweit sie über die Grenzen einer Vollmacht hinausreicht, auf einen von ihnen übertragen, aber einem von ihnen unbeschränkt Handlungsvollmacht erteilen dürfen (RG. 5 VII 00 JW. 664[18]). Der Satz 2 § 125 Abs. 2 ist daher aufzufassen als eine Beschränkung der an sich unbeschränkten Befugnis zur Vollmachtserteilung an einen Gesamtvertreter, während D. 91 und KG. 26 II 00 KGJ. 20 A 76 umgekehrt eher zu der Annahme zu neigen scheinen, daß an sich ein allgemeines Verbot bestehe und Satz 2 § 125 Abs. 2 eine ausnahmsweise Berechtigung feststelle.

2. Zulässiger Inhalt der Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter durch alle. Nach § 125 Abs. 2 Satz 2 ist bei gesamtvertretenden Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft nicht eine allgemeine Übertragung der Vertretungsmacht auf einen einzelnen von ihnen zulässig, sondern nur eine Übertragung bezüglich einzelner bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften (§ 54 Anm. I c 2 und 3, RG. 48 55). So ist z. B. zulässig die Gesamtermächtigung eines einzelnen Gesamtvertreters zur Ausstellung von Quittungen über den Empfang von Zahlungen und Postsendungen (D. 91). Die aus Satz 2 § 125 Abs. 2 zu entnehmende Beschränkung wird möglichst eng auszulegen sein, da sie vom Gesetzgeber nicht als Beschränkung beabsichtigt war, und da ferner auch kein sachlicher Grund einzusehen ist, warum in der Erteilung der Gesamtvertretungsmacht zwar die Übertragung des Rechts liegen soll, einem einzelnen (von dem Erteiler der Gesamtvertretungsmacht gar nicht auf seine Vertrauenswürdigkeit geprüften) Dritten unbeschränkt Vollmacht zu erteilen, warum aber die Erteilung einer gleich unbeschränkten Vollmacht an einen der Gesamtvertreter (welche dem Erteiler der Gesamtvertretungsmacht doch mindestens bis zu gewissem Grad vertrauenswürdig erschienen sind) ausgeschlossen sein soll. Auch in letzterem Fall tragen doch gegenüber dem Erteiler der Gesamtvertretungsmacht alle Gesamtvertreter die Verantwortung für ihre Handlung! — Nach D. 92 sind die Gesamtvertreter „auf Grund der Vorschrift des § 125 Abs. 2 Satz 2 in der Lage, einen aus ihrer Mitte zur Vornahme bestimmter Arten von Geschäften derart zu ermächtigen, daß der betreffende Gesellschafter seine Befugnis nur in Gemeinschaft mit einem Handlungsbevollmächtigten ausüben kann". Auch hier entspricht die Beschränkung auf „bestimmte Arten von Geschäften" dem Wortlaut des Gesetzes (denn der Umfang der Vollmacht des weniger umfangreich Bevollmächtigten — hier des Gesellschafters! — muß entscheiden), ist aber sachlich gewiß nicht gerechtfertigt. Was nach Vorstehendem von der Erteilung einer Gesamtvollmacht seitens der Gesamtvertreter (anders nach § 125 Abs. 3 bei unmittelbarer Erteilung durch den Erteiler der Gesamtvertretungsmacht) an einen einzelnen Gesamtvertreter und einen Handlungsbevollmächtigten zu gelten hat, gilt auch bei einer solchen Erteilung an einen einzelnen Gesamtvertreter und einen Prokuristen.

3. Form der Ermächtigungserteilung. Auch der zu bevollmächtigende Gesamtvertreter muß, wenn ohne ihn die vertretungsermächtigte Zahl von Gesamtvertretern nicht vorhanden, bei Erteilung der Vollmacht mitwirken (KG. 26 II 00 KGJ. 20 A 76). Indessen kann dies

auch durch schlüssige Handlung geschehen. Eine genügende Ermächtigung ist daher in der Regel anzunehmen, wenn die selbständige Vornahme bestimmter Geschäfte durch einen einzelnen der gesamtermächtigten Gesellschafter fortgesetzt von den übrigen geduldet wird (D. 139, RG. 5 VII 00 JW. 664[18], RG. 48 58, OLG. Hamburg 18 III 02 OLGRspr. 5 47; vgl. unten zu e). Doch muß die Grenze der erteilten Vollmacht erkennbar sein (RG. 48 58). Sind mehr als zwei Gesamtvertreter vorhanden, aber zu je zweien gesamtvertretungsermächtigt, so genügt für die an einen von ihnen zu erteilende Sonderermächtigung, daß er und einer der anderen zusammenwirken (dagegen KG. 28 I 01 KGJ. 20 A 109 OLGRspr. 2 339, wo gefordert, daß in solchem Fall zwei der anderen zusammenwirken). — Dritten gegenüber wird eine vorherige Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter durch alle wirksam nach den Regeln, die für die Erteilung einer Vollmacht gelten (BGB. §§ 167 ff.), mithin genügt es, wenn die Erklärung nur gegenüber dem zu bevollmächtigenden Gesamtvertreter abgegeben wird (BGB. § 167 Abs. 1, RG. 15 III 02 JW. 308[13]); die Ermächtigung ist nicht zum Handelsregister anzumelden. Über die Frage, wem gegenüber die Genehmigung der Vertretungshandlung eines Gesamtvertreters durch die übrigen erklärt werden muß, vgl. unten Anm. III d.

4. Ermächtigung eines Dritten durch Gesamtvertreter. Unbeschränkt zulässig ist die Ermächtigung eines einzelnen Dritten durch die mehreren Gesamtvertreter, sei es nur die Erteilung einer Prokura, einer Handlungsvollmacht (auch zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes, § 54 Anm. I c 1), oder einer gewöhnlichen Vollmacht.

c. **Abgabe von Willenserklärungen gegenüber der Gesellschaft.** Sowohl Vertragserklärungen wie einseitige Erklärungen sind einbegriffen. Die Abgabe gegenüber einem der Gesamtvertreter genügt (§ 125 Abs. 2 Satz 3, RG. 53 231). Entsprechend allgemein für den Vereinsvorstand BGB. § 28 Abs. 2. Ebenso für den Sonderfall der Zustellungen im Civilprozeß CPO. § 171 Abs. 3. Klagt einer der Gesamtvertreter gegen die Gesellschaft, so genügt Zustellung der Klage an einen der anderen Gesamtvertreter. Im weiteren Verfahren muß aber, wenn ohne den Kläger eine genügende Vertretung nicht vorhanden, die Gesellschaft für Schaffung einer solchen sorgen (vgl. § 272 Anm. I b). Tritt die Gesellschaft im Termin nicht durch Personen mit genügender Vertretungsmacht auf, so ist nicht (was RG. 29 IX 00 JW. 785[7] annimmt) die Klage abzuweisen, vielmehr Versäumnisurteil gegen die Gesellschaft zu erlassen.

d. **Abgabe von Willenserklärungen seitens der Gesellschaft.**

1. Zusammenwirken der Gesamtvertreter. Wesentlich ist nur, daß bei Abgabe der Erklärung die Gesamtvertreter zusammenwirken. Die nähere Form des Zusammenwirkens ist unerheblich. Handelt zunächst nur einer der Gesamtvertreter, so kommt für die erforderliche Zustimmung der übrigen Gesamtvertreter nicht etwa BGB. §§ 182–184 zur Anwendung (denn die übrigen Gesamtvertreter sind nicht „Dritte" im Sinn des BGB. § 182); daher genügt nicht, daß gegenüber dem handelnden Gesamtvertreter die etwaige Genehmigung seitens der übrigen Gesamtvertreter erklärt wird, vielmehr muß eine (wenn auch möglicherweise stillschweigende) Erklärung der Genehmigung gegenüber dem Vertragsgegner erfolgen (RG. 40 18, RG. 31 I 98 HoldheimsMSchr. 99 22, 5 VII 00 JW. 664[18], 11 VII 05 JW. 527[6]; dagegen nach früherem gemeinen Recht RG. 15 III 02 JW. 308[13]). Erklären jedoch alle Gesellschafter eine Genehmigung, so steht dies einer Genehmigung seitens der Gesellschaft selbst gleich; auf eine solche kommt BGB. §§ 182–184 zur Anwendung, da die vertretene Gesellschaft im Verhältnis zu ihren Gesamtvertretern eine „Dritte" ist; daher genügt es, wenn eine solche Genehmigung auch nur gegenüber dem einzelnen handelnden Gesamtvertreter erklärt wird (RG. 40 19). Auch in fortgesetztem Dulden der Abgabe von Erklärungen durch einen Gesamtvertreter kann eine nach außen stillschweigend erklärte Zustimmung der übrigen Gesamtvertreter liegen (RG. 5 VII 00 JW. 664[18]; vgl. § 232 Anm. I). Über vorherige Ermächtigung eines Gesamtvertreters durch alle vgl. oben Anm. III b 3. Ein Vertretener, der zwar nicht weiß, aber doch wissen muß, daß trotz Einrichtung einer Gesamtvertretung fortgesetzt einer der Vertreter so, als hätte er Einzelvertretungsmacht, nach außen auftritt, wird dem Dritten, der hierdurch zu

einem Irrtum über die Vertretungsmacht des Vertreters verleitet wird, schadensersatzpflichtig (RG. 22 VI 04 HoldheimsMSchr. 05 23). — Bestellen die Gesamtvertreter gemeinsam einen Handlungsbevollmächtigten, so verpflichtet dieser, soweit er innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht handelt, die Gesellschaft auch ohne Mitwirkung der Gesamtvertreter bei den einzelnen Verpflichtungshandlungen (ROH. 12 35). Über die Abgabe von Erklärungen, durch welche nicht neue Verbindlichkeiten übernommen werden sollen (z. B. Erklärungen bei Vorlegung eines Wechsels), vgl. RG. 24 85.

2. Form der Zeichnung. Soll die Erklärung durch Unterschriftszeichnung abgegeben werden, so muß — soweit es auf Einhaltung der Form überhaupt ankommt (§ 51 Anm. II) — die Mitwirkung aller Gesamtvertreter bei der Unterschriftszeichnung äußerlich erkennbar sein. Üblich ist, daß einer der Gesamtvertreter die Firma und darunter seinen Namen zeichnet, die übrigen Gesamtvertreter ihre Namen gleichfalls unter die Firma setzen. Es wäre jedoch z. B. auch zulässig, daß jeder Gesamtvertreter nur mit der Firma ohne Zusatz seines Namens unterschreibt (dagegen Cosack HR. § 107 IV 4 a). Nicht zu billigen ist die Entscheidung Str. 73 344, nach der es unzulässig sein soll, auch bezüglich der Firmenzeichnung die äußerliche Erkennbarkeit des Mitwirkens mehrerer Gesellschafter vorzuschreiben. Zulässig ist ein Stempelvordruck der Firma und Unterzeichnung durch jeden Gesamtvertreter mit seinem Namen (§ 51 Anm. II; ebenso Goldmann § 108 Nr. 9; dagegen Staub Exk. zu § 108).

e. **Widerruf der Beschränkung auf Gesamtvertretung.** Wird die Beschränkung, daß die Vertretungsmacht nur als Gesamtvertretungsmacht bestehen solle, widerrufen, so daß also Einzelvertretungsmacht der betreffenden Gesellschafter oder des betreffenden Gesellschafters wiedereintritt, so muß auch ohne Eintragung und Bekanntmachung dieser Änderung die Gesellschaft — da ihr § 15 Abs. 1 nicht zu gut kommt, und der Fall des § 15 Abs. 2 („die" = „die richtige" Tatsache; § 15 Anm. III d 2) nicht vorliegt — die Änderung gegen sich gelten lassen. Ein solcher Widerruf kann liegen schon in dem fortgesetzten wissentlichen Geschehenlassen des Alleinauftretens (§ 232 Anm. I) und der unvermittelten (nicht durch Genehmigung der Mitvertreter vermittelten oder als genehmigte Geschäftsführung ohne Auftrag erscheinenden) Übernahme der Ergebnisse dieses Alleinauftretens durch die Gesellschaft, zumal wenn eine dauernde Einrichtung getroffen ist, welche die Erfüllung der vom einzelnen Gesellschafter für die Gesellschaft geschlossenen Geschäfte aus Gesellschaftsmitteln voraussetzt (RG. 5 17). Hat der Widerruf in Wahrheit nicht stattgefunden, so muß der Dritte das Bestehen einer Gesamtvertretung gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er dies Bestehen weder kannte noch kennen mußte (§ 15 Abs. 2); die bloße Erregung des Anscheins eines Widerrufs kann höchstens eine Schadensersatzpflicht begründen (weitergehend nach früherem Recht RG. 5 17).

IV. **Gesamtvertretung durch Gesellschafter mit Prokurist** oder Handlungsbevollmächtigtem.

a. **Im Gesellschaftsvertrag** d. h. im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder in einem späteren Vertrag aller Gesellschafter (§ 109 Anm. II) muß die Anordnung einer Gesamtvertretung durch Gesellschafter und Prokuristen getroffen sein. Anders, wenn die Anordnung nur auf einer teilweisen Weiterübertragung der Vollmacht seitens gesamtvertretender Gesellschafter beruht (oben Anm. III b 2).

b. **Prokurist** als Gesamtvertreter mit Gesellschafter. In Denkschrift 92 heißt es: „Eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, durch welche die Vertretung der Gesellschaft einem Gesellschafter zusammen mit einem Handlungsbevollmächtigten übertragen wird, ist nach dem Entwurf unzulässig. Da die Handlungsvollmacht einen gesetzlich fest bestimmten Inhalt nicht hat, würde in einem solchen Fall das Handelsregister über den Umfang der Vertretungsbefugnis keinen Aufschluß geben." (Anders bei Gesamtbevollmächtigung eines Gesellschafters und eines Handlungsbevollmächtigten durch die gesamtvertretenden Gesellschafter; oben Anm. III b 2.) Die in dem vorstehend angeführten zweiten Satz der Denkschrift gegegebene Begründung erscheint nicht ganz zutreffend. Die Handlungsvollmacht kann an sich zwar dreierlei verschiedenen Inhalt haben (§ 54 Anm. I c); würde aber einem Handlungsbevollmächtigten in Gemeinschaft mit einem Gesellschafter die Gesamtvertretung übertragen,

so könnte dies nur bedeuten, daß der Handlungsbevollmächtigte zum Betrieb eines Handelsgewerbes bevollmächtigt ist; dies vorausgesetzt, wäre jedoch der gesetzliche Umfang der Vollmacht durch § 54 Abs. 1 in einer Weise festgelegt, welche der Festlegung des gesetzlichen Umfangs einer Prokura durch § 49 Abs. 1 durchaus entspricht. Der einzige Unterschied würde darin bestehen, daß der Umfang der Prokura unbeschränkbar gegenüber Dritten ist (§ 50 Abs. 1), während Beschränkungen der Handlungsvollmacht zulässig sind (§ 54 Anm. III); und dies ist wohl auch nur in dem obigen zweiten Satz der Denkschrift gemeint. Ob dieser Unterschied genügt, um — aus allgemeinen Gründen, zunächst von der Fassung des Gesetzes abgesehen — eine solche Gestaltung auszuschließen, ist zu bezweifeln, zumal durch § 54 Abs. 3 dem Unterschied alles praktisch Bedenkliche genommen wird. Auch wäre anderenfalls recht unbefriedigend das Ergebnis, daß durch Handlung der gesamtvertretenden Gesellschafter eine Gestaltung der Vertretungsmacht (allerdings mit Beschränkung auf bestimmte Geschäfte oder bestimmte Arten von Geschäften, oben Anm. III b) herbeigeführt werden könnte, zu deren Herbeiführung alle Gesellschafter (wenn keine Gesamtvertretung besteht) nicht zuständig sein sollen. Wenn die Eintragung einer Ausschließung der gesamten Vertretungsmacht zulässig (und gleichzeitig vereinbar mit Erteilung einer Handlungsvollmacht an den Ausgeschlossenen) ist, so ist kein zureichender Grund anzuerkennen, warum die etwas geminderte Ausschließung durch Eintragung einer Gesamtvertretungsmacht mit einem Handlungsbevollmächtigten unzulässig sein sollte. Die Entscheidung der Frage wird daher allein von der Fassung des Gesetzes abhängen. Im Gesetz selbst ist aber die Ausschließung einer Gesamtbevollmächtigung eines Gesellschafters und eines Handlungsbevollmächtigten nicht erfolgt. Wenn dort nur zwei Arten von Gesamtbevollmächtigungen genannt sind, so ist die Möglichkeit einer dritten dadurch nicht verneint (dagegen Staub Anm. 11, Lehmann Nr. 10, Goldmann Nr. 31). [Vgl. eine vierte Form der Vertretungsermächtigung in RG. 24 28, oben Anm. II a.] Nicht etwa ist aus § 126 Abs. 2 etwas zu folgern, denn § 125 Abs. 2 und 3 sind nicht Ausnahmen von § 126 Abs. 2; der § 125 behandelt Beschränkungen der Vertretungsmacht überhaupt, nicht des Umfanges der Vertretungsmacht. — Ein Beispiel der Übertragung einer Gesamtvertretung an Vorstandsmitglieder und Handlungsbevollmächtigte einer AG. s. in KGJ. 17 12.

c. **Inhalt der Anordnung.** Der § 125 Abs. 3 spricht nur von einer Anordnung, „daß die Gesellschafter, wenn nicht mehrere zusammen handeln, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen.“ Nach dem sonstigen Sprachgebrauch im HGB. ist von den Worten „die Gesellschafter“ unmittelbar auch der „einer der Gesellschafter“ als umfaßt anzusehen. Mithin ist nach § 125 Abs. 3 auch die Anordnung zulässig, daß von zwei gesamtvertretenden Gesellschaftern A und B, wenn sie nicht zusammenhandeln, A in Gemeinschaft mit dem Prokuristen D, nicht aber auch B in Gemeinschaft mit D vertretungsberechtigt sein solle. Umgekehrt schließt auch das „mit einem Prokuristen“ nicht eine Mehrheit von Prokuristen aus, so daß sowohl vorgeschrieben werden kann, A müsse mit den Prokuristen D und E zeichnen, wie auch A könne mit D oder E zeichnen. Ebenso ist zulässig eine Bestimmung, daß der Prokurist D nur mit gleichzeitig je zweien der drei Gesellschafter A, B, C zeichnen könne (KGJ. 2 20). Auch ist es nicht nötig, im Vertrag den Prokuristen zu nennen, es genügt vielmehr die Bestimmung, daß in Gemeinschaft mit „einem“ Prokuristen Vertretungsmacht vorhanden sein solle. Der Zwischensatz „wenn nicht mehrere zusammen handeln“ macht erkennbar, daß § 125 Abs. 3 nur für den Fall Bestimmung treffen will, daß eine Gesamtvertretung durch mehrere Gesellschafter angeordnet ist (§ 232 Anm. III a, Lehmann Nr. 10, Goldmann Nr. 29; dagegen Staub Anm. 12 und unsere 12. Aufl.). Hiernach kann bestimmt werden: „A und B sollen gesamtvertretungsberechtigte Gesellschafter, außerdem A oder B jeder zusammen mit dem Prokuristen D gesamtvertretungsberechtigt sein; wollen A und B in einem einzelnen Fall einmal nicht zusammen handeln, so kann A mit D oder B mit D handeln.“ Nicht die beabsichtigte Wirkung dagegen würde eintreten, wenn im Gesellschaftsvertrag ohne Anordnung einer Gesamtvertretung durch mehrere Gesellschafter beispielsweise einfach bestimmt würde: „der Gesellschafter B ist nicht vertretungsberechtigt, der Gesellschafter A ist gesamtvertretungs-

berechtigt mit dem Prokuristen D." Eine Bestimmung des letzteren Inhalts würde vielmehr nur dieselbe Wirkung haben wie der Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung (unten Anm. V b).

d. **Umfang der gemeinsamen Vertretungsmacht.** Werden ein Gesellschafter und ein Prokurist zu Gesamtvertretern ernannt, so richtet sich der Umfang der gemeinsamen Vertretungsmacht nach dem Umfang der Vollmacht des Prokuristen als der weniger weit reichenden (D. 92). Der Prokurist hat aber in diesem Fall nicht nur (was in D. 92 wohl vorausgesetzt) eine Vollmacht von dem gewöhnlichen gesetzlichen Umfang der Prokura (§ 49 Abs. 1); vielmehr liegt in der Ermächtigung, zugleich mit einem Gesellschafter die Gesellschaft zu vertreten, in der Regel die Erteilung der besonderen Befugnis (§ 49 Abs. 2) zur Mitwirkung bei Vornahme solcher Rechtsgeschäfte, die jeder Gesellschafter, wenn er allein zur Vertretung ermächtigt wäre, kraft seiner Vertretungsmacht vorzunehmen berechtigt wäre (KGJ. 15 100, HGB. § 48 Anm. IV d; dagegen Düringer-Hachenburg § 50 Anm. II).

e. **Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter durch alle.** Vgl. oben Anm. III b., § 125 Abs. 3 Satz 2.

f. **Abgabe von Willenserklärungen gegenüber der Gesellschaft.** Vgl. oben Anm. III c, § 125 Abs. 3 Satz 2.

V. **Ausschließung von der Vertretungsmacht.**

a. **„Durch den Gesellschaftsvertrag"** (§ 125 Abs. 1). Die Ausschließung kann nicht nur durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag, sondern auch durch spätere vertragliche Festsetzungen erfolgen (§ 109 Anm. II). Auch eine Ausschließung durch richterliche Entziehung ist zulässig (§ 127).

b. **Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung** ist für zulässig zu erachten (KGJ. 10 28, OLG. Stuttgart 6 II 91 ZHR. 42 527, Lesse in Zentralorgan 62 157, Weinhagen und Busch in Busch, Archiv 1 149, 156, Renaud KG. 348, Rießer in ZHR. 42 322, Lehmann 264 Fußnote 1, Goldmann Nr. 11; dagegen Handelsgericht Köln in Zentralorgan 62 99, Staub Anm. 2, Bacmeister in ZHR 55 415). Der Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung wirkt jedoch nur ebenso, wie wenn eine Gesamtvertretung durch alle Gesellschafter angeordnet wäre, denn irgend eine Behörde der Gesellschaft (auch für die Beziehungen zu einem etwa ernannten Prokuristen oder Bevollmächtigten) muß vorhanden sein, und diese kann in solchem Fall nur in der Gesamtheit aller Gesellschafter gefunden werden (zust. OLG. Dresden 11 XII 00 Annalen 22 161 OLGRspr. 2 516 ZHR. 53 205).

c. **Widerruf des Ausschlusses.** Vgl. Anm. III e. Ein solcher Widerruf liegt nicht schon in der Erteilung einer allgemeinen Handlungsvollmacht an den von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter (abweichend Staub Anm. 2), denn die Handlungsvollmacht reicht nicht so weit wie die Vertretungsmacht als Gesellschafter.

VI. **Anmeldung.**

a. **Form.** Vgl. § 12 Anm. I, § 53 Anm. I, § 108 Anm. I. Die Anmeldung hat bei dem Gericht zu erfolgen, bei dem die Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 106 Anm. I), außerdem bei den Gerichten derjenigen Niederlassungen (§ 29 Anm. IV b 2), für deren Betrieb das betreffende Rechtsverhältnis Wirkung erlangen soll (§ 126 Abs. 3, § 13 Anm. II b 2 β). — Im Fall richterlicher Entziehung der Vertretungsmacht (§ 127) genügt die Anmeldung dieser Tatsache durch die übrigen Beteiligten (§ 16 Abs. 1).

b. **Wirkung der Anmeldung oder Nichtanmeldung.** Nicht schon die Anmeldung, sondern erst die Eintragung und Bekanntmachung wirkt gegen Dritte. Zur Anwendung kommt § 15.

c. **Die anzumeldenden Tatsachen.**

1. Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretung. Oben Anm. V. Falls angemeldet wird, daß zu einem vergangenen Zeitpunkt die Gesellschaft begonnen habe und seit jener Zeit ein Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sei, so wirkt der Ausschluß der Vertretung auf jene Zeit zurück (dagegen RG. 34 55, das eine zusammengehörige Erklärung auseinanderreißt); es bleiben jedoch die Wirkungen bestehen, die aus einem tatsächlichen (nicht bloß im vorstehenden Zusammenhang erklärten) früheren

Geschäftebeginn (§ 123 Abs. 2) in Verbindung mit den Folgen der damaligen Nichtein-tragung des Ausschlusses (§ 15 Abs. 1) herzuleiten sind (OLr. **59** 282).

2. Anordnung einer Gesamtvertretung (durch mehrere Gesellschafter). Oben Anm. III.
3. Anordnung einer Gesamtvertretung durch Gesellschafter und Prokuristen (oder andere Nichtgesellschafter). Oben Anm. IV.
4. Änderung in der Vertretungsmacht eines Gesellschafters. Auch wenn die geänderte Tatsache nicht eingetragen war (§ 31 Anm. Ia). Entsprechend auch die Änderung in der Vertretungsmacht eines Nichtgesellschafters im Fall der vorstehenden Nr. 3. Eine Unterermächtigung durch Gesamtvertreter (§ 125 Abs. 2 Satz 2) ist nicht anzumelden (§ 234 Anm. Id 2).

§ 126.

Umfang der Vertretungsmacht. Beschränkung des Umfanges.

Die Vertretungsmacht der Gesellschafter erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Ertheilung und des Widerrufs einer Prokura.

Eine Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam; dies gilt insbesondere von der Beschränkung, daß sich die Vertretung nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder daß sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll.

In Betreff der Beschränkung auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen der Gesellschaft finden die Vorschriften des § 50 Abs. 3 entsprechende Anwendung.

ADH. Art. 114 Abs. 1, 116, 117 Abs. 1, 118. **Entw. I** § 114. **Entw. II** § 124.

I. **Umfang der Vertretungsmacht.**

a. **Vertretungsmacht.** Zu unterscheiden von Geschäftsführungsbefugnis, § 114 **Anm.** I. Der § 126 findet Anwendung auf die Einzelvertretungsmacht, wenn Einzelvertretung, und auf die Gesamtvertretungsmacht, wenn Gesamtvertretung durch Gesellschafter besteht. Über den Umfang der gemeinsamen Vertretungsmacht bei Gesamtvertretung durch Gesellschafter und Nichtgesellschafter vgl. § 125 Anm. IVd.

b. **Umfang: alle Geschäfte und Rechtshandlungen.** Die Vertretungsmacht des Gesellschafters umfaßt alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen (vgl. § 49 Anm. I). Ausgenommen ist nicht, wie bei der Prokura (§ 49 Anm. III a), vielmehr ausdrücklich eingeschlossen die Veräußerung und Belastung von Grundstücken. Die Vertretungsmacht ist auch nicht, wie bei der Prokura (§ 49 Anm. II d), beschränkt auf diejenigen Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt; vielmehr erstreckt sich die Vertretungsmacht des Gesellschafters auch auf Geschäfte, die nicht Handelsgeschäfte sind, und auf Geschäfte und Rechtshandlungen, die außerhalb des Betriebes eines Handelsgewerbes liegen (ROH. **9** 430, RG. **26** 18, vgl. RG. **32** 33), z. B. auch auf Schenkungen (RG. **26** 18). — Aus dem von einem vertretungsberechtigten Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft ausgehändigten Blankoakzept unter der Gesellschaftsfirma können, auch wenn der Wechsel erst nach Auflösung ausgefüllt ist, die übrigen Gesellschafter der aufgelösten Gesellschaft auf Grund ihrer Gesamthaftung in Anspruch genommen werden (ROH. **21** 329). — Unerheblich für den Umfang der Vertretungsmacht ist, ob die für das innere Verhältnis maßgebende Geschäftsführungsbefugnis eine beschränktere ist. So z. B., ob (vgl. § 116 Abs. 2) die Handlung des vertretungsermächtigten Gesellschafters über den gewöhnlichen

Betrieb des Handelsgewerbes hinausgeht; auch der Grundbuchrichter kann in solchem Fall nicht den Nachweis der Zustimmung der übrigen Gesellschafter verlangen (KG. 16 XII 01 KGJ. 23 A 126 OLGRspr. 4 466).

c. **Erteilung und Widerruf der Prokura.** Ausdrücklich eingeschlossen in die Vertretungsmacht des Gesellschafters ist auch das Recht zur Erteilung und zum Widerruf der Prokura: nach außen (also auch gegenüber dem Prokuristen) ist jeder Einzelvertretungsberechtigte (und sind die gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter gemeinschaftlich) sowohl zur Erteilung wie zum Widerruf, nach innen (§ 116 Anm. III) der Einzelgeschäftsführungsberechtigte zwar zum Widerruf, aber — außer bei Gefahr im Verzug — nicht zur Erteilung befugt. Sind bei bestehender Gesamtvertretung nicht alle Gesamtvertreter zur Anmeldung des seitens eines einzelnen gemäß § 116 erfolgten Widerrufs bereit, so kann mit einer einstweiligen Verfügung und deren Eintragung (§ 16 Anm. II) geholfen werden. Sind alle Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen, so kann nach KGJ. 10 26 jeder eine Prokura widerrufen. Ist die obige Deutung dieses Verhältnisses (§ 125 Anm. V b) zutreffend, so würde vielmehr anzunehmen sein, daß in diesem Fall nur alle Gesellschafter gemeinsam mit Wirkung nach außen widerrufen können. Wer die Erteilung oder das Erlöschen anmelden kann, vgl. § 53 Anm. I, § 108 Anm. I.

d. **Vertretung anderer Gesellschafter.** Die in § 126 erwähnte Vertretungsmacht betrifft nur die Ermächtigung zur Vertretung der Gesellschaft. Nicht ermächtigt ist der vertretungsberechtigte Gesellschafter zur Vertretung der anderen Gesellschafter, z. B. nicht bei Aufnahme eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft (RG. 52 162), nicht bei den allen Gesellschaftern obliegenden Anmeldungen zum Handelsregister in Angelegenheiten der Gesellschaft, auch nicht bei der gegen einen Gesellschafter auf Grund seiner Gesamthaftung erhobenen Klage (OAG. Dresden 6 XI 63 in Siebenhaar Arch. 14 102, RG. 5 71). Der § 714 BGB. bestimmt nicht etwa Gegenteiliges: die dort geordnete Vertretung „der Gesellschafter" einer gewöhnlichen Gesellschaft (die eintreten soll, soweit Geschäftsführungsbefugnis vorliegt) entspricht der in § 125 HGB. angeordneten Vertretung „der Gesellschaft". Der § 714 BGB. besteht nicht neben dem § 125 HGB., sondern ist für die offene Handelsgesellschaft durch letzteren ersetzt. — Nicht ausgeschlossen ist, daß im Einzelfall der vertretungsberechtigte, d. h. zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigte Gesellschafter außerdem besondere Vollmacht zur Vertretung der Gesellschafter haben oder als Geschäftsführer ohne Auftrag für sie auftreten kann (RG. 52 163).

e. **Rechtsgeschäfte mit sich selbst.**

1. Die Vorschrift des BGB. § 181. Die Vertretungsmacht ist begrenzt durch BGB. § 181 für Rechtsgeschäfte, die der Vertreter mit sich selbst (für sich oder für einen anderen als dessen Vertreter) namens der Gesellschaft vornimmt. Das dem BGB. § 181 zuwiderlaufende Rechtsgeschäft ist nicht verboten und nicht nichtig, sondern genehmigungsfähig und daher nur unwirksam während des Schwebezustandes nach näherer Maßgabe des BGB. § 177 (RG. 56 107; dagegen 51 426). Diese Unwirksamkeit ist aber, solange sie andauert, eine allgemeine, gegen jeden Beteiligten geltende, ohne Rücksicht auf seinen guten oder bösen Glauben (RG. 51 426). Unwirksam ist auch eine Umgehung in der Weise, daß zunächst der Vertreter namens des Vertretenen das Rechtsgeschäft (z. B. eine Abtretung) gegenüber einer vorgeschobenen Mittelsperson und dann diese Mittelsperson dasselbe Rechtsgeschäft gegenüber dem Vertreter in dessen eigenem Namen vornimmt (RG. 56 106). Für zulässig wurde erachtet das Vertragschließen des Vertreters mit einer Person, welcher seitens des Vertreters namens des Vertretenen Vollmacht erteilt war (KG. 8 IV 03 KGJ. 26 A 101 OLGRspr. 7 6). Das Vorliegen einer der in BGB. § 181 zugelassenen beiden Ausnahmen von dem Verbot ist von demjenigen darzutun, der sich auf die Ausnahme beruft (RG. 51 427). Die Ausnahme „soweit nicht ein Anderes ihm gestattet ist" liegt nicht schon vor, wenn die betreffende Handlung durch den allgemeinen Inhalt der Vertretungsmacht gedeckt, sondern nur, wenn eine besondere Ermächtigung erteilt ist (OLG. Köln 16 IV 02 OLGRspr. 5 51). Nicht „ausschließlich in der Erfüllung" besteht eine Tilgung durch Hingabe an Erfüllungsstatt (KG. 2 X 03 OLGRspr. 8 32). — In Fällen, in denen ein

Vertragschließen mit sich selbst als Vertreter zweier verschiedener Personen zulässigerweise stattgefunden hat, muß die im inneren Verhältnis des Vertreters zu einem Vertretenen von ersterem begangene Arglist dem anderen Vertretenen als auch ihm bekannt zugerechnet werden (RG. 43 166). — Über den Fall der Gesamtvertretung vgl. § 125 Anm. III b 1.

2. Insbesondere bei der oHG. Ein unzulässiges Rechtsgeschäft mit sich selbst kann zu grund liegen bei einer Abrede eines Gesellschafters mit dem Gesellschaftsschuldner, daß letzterer fortan nicht der Gesellschaft, sondern dem die Abrede treffenden Gesellschafter schulden solle (ROH. 8 392). Ebenso bei einer Vereinbarung des Gesellschafters mit einem Privatgläubiger daß nicht er, der verpflichtete Gesellschafter, sondern die Gesellschaft künftig Schuldnerin sein solle (Str. 98 237, RG. 51 425). Ebenso bei einer Abrede des Gesellschafters mit dem Gesellschaftsschuldner, daß diesem die Schuld an die Gesellschaft erlassen werde gegen gleichzeitigen Erlaß seiner Forderung an den Gesellschafter (§ 129 Anm. II). Unzulässig ist auch die Vertretung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter in einem Rechtsstreit, den dieser gegen die Gesellschaft anstellt (OLG. Celle 13 IV 92 ZHR. 42 520). — Will der vertretungsberechtigte Gesellschafter in eigenem Namen gegen die Gesellschaft klagen, so hat er die Klage nicht an sich als Vertreter der Gesellschaft zuzustellen, sondern muß, wenn kein anderer Vertreter vorhanden, Bestellung eines Vertreters gemäß CPO. § 57 erwirken (RG. 7 404; vgl. auch § 149 Anm. IV b).

f. **Mißbrauch der Vertretungsmacht.** Über unbefugte Aneignung von Gesellschaftsvermögen durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter s. § 111 Anm. III b. Der Dritte braucht nicht zu prüfen, ob der namens der Gesellschaft handelnde Gesellschafter (wenn er nur nicht nach außen in doppelter Eigenschaft handelt) die Grenzen des ihm erteilten Geschäftsführungsauftrags einhalte (ROH. 5 295) und ob er die Handlung im Interesse der Gesellschaft oder im eigenen Interesse vornehme (ROH. 9 430). Dem Dritten steht nicht entgegen die Kenntnis davon, daß der Gesellschafter die Handlung in eigenem Interesse vornehme (ROH. 6 134, 7 404, 9 432, RG. 9 149), außer wenn für ihn darüber hinaus erkennbar war, daß der handelnde Gesellschafter bewußt und mißbräuchlich seine Vertretungsmacht zu einer dem Willen des Vertretenen entgegenstehenden Handlung benutze (ROH. 6 134, RG. 43 166), z. B. zu dem Zweck, sich einen Vorteil zum Nachteil der Gesellschaft zu verschaffen (ROH. 19 336). Wird bei einem Rechtsgeschäft mit einem Dritten die Vertretungsmacht zur Vornahme einer unerlaubten Handlung (z. B. Untreue StGB. § 266, RG. 19 271) oder einer gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung mißbraucht, und ist dies dem Dritten bekannt, so ist das Rechtsgeschäft nichtig (BGB. §§ 134, 138, P. 4665, ROH. 7 404, 9 432, RG. 9 149; vgl. für die Aktiengesellschaft KB. 72), oder — wenn selbst man dies nicht annehmen wollte — kann jedenfalls der Dritte, da er schadensersatzpflichtig ist (BGB. § 826), keine Rechte gegenüber der Gesellschaft aus solchem Rechtsgeschäft herleiten (RG. 58 356 und in JW. 04 482[3]). Auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis des Dritten von der Widerrechtlichkeit der Handlung des Gesellschafters genügt nicht, um für die Gesellschaft eine Einrede der Arglist gegenüber dem Dritten zu begründen (RG. 57 391). Über die Verbindlichkeit aus ungerechtfertigter Bereicherung vgl. BGB. §§ 816, 817, 819.

II. **Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht.**

a. **Beschränkung.** Vgl. § 50 Anm. I. Der § 126 Abs. 2 betrifft nicht Beschränkungen der Vertretungsmacht überhaupt (z. B. durch Verteilung einer hinsichtlich ihres Umfanges unbeschränkten Vertretungsmacht auf mehrere Personen; hierüber bestimmt § 125), sondern er betrifft nur Beschränkungen des sachlichen Umfanges der Vertretungsmacht. Er betrifft nicht gesetzliche, sondern nur gewillkürte Beschränkungen (RG. 51 426). Er betrifft nur Beschränkungen der Vertretungsmacht, nicht Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis (vgl. oben Anm. I b). „Dritter" ist auch der Gesellschafter, selbst der vertretungsberechtigte, insoweit er nicht als Vertreter der Gesellschaft oder als Mitgesellschafter (ROH. 19 273), sondern als Vertragsgegner der Gesellschaft in Betracht kommt (ROH. 6 140, RG. 7 120, Goldmann Nr. 18; dagegen ROH. 2 41, Staub Anm. 9). Keine Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht liegt in einer Bestimmung, wonach in der Regel die

samtvertretung, gegenüber einem einzelnen Dritten aber Einzelvertretung stattfinden solle (RG. 24 28).

b. **Wirkungen einer Beschränkung.** Vgl. § 50 Anm. II.

c. **Mehrere unter verschiedenen Firmen betriebene Niederlassungen der Gesellschaft.** Vgl. § 50 Anm. III. Der Fall ist zu unterscheiden von demjenigen des Vorliegens mehrerer Gesellschaften unter denselben Gesellschaftern (§ 105 Anm. I e 2).

§ 127.

Entziehung der Vertretungsmacht.

Die Vertretungsmacht kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Vertretung der Gesellschaft.

ADH. — **Entw. I** § 115. **Entw. II** § 125.

I. **Vertretungsmacht.** Vgl. § 125 Anm. II a. Zu unterscheiden von Geschäftsführungsbefugnis (§ 117 Anm. I a, § 114 Anm. I). Man könnte zweifeln, ob das Entzogene in der Tat die Vertretungsmacht (d. h. das Dritten gegenüber bestehende Vertretungsrecht), oder nur die Vertretungsbefugnis (d. h. das den Gesellschaftern gegenüber bestehende Recht zur Vertretung) ist. Dem Gesetz entsprechender ist es jedoch, anzunehmen, daß in der Tat die Vertretungsmacht entzogen wird, daß nur nicht bereits die bloße Entziehung unmittelbar wirksam gegenüber allen Beteiligten wird (unten Anm. VI). Zwischen der auf Gesetz und der auf Vertrag beruhenden Vertretung wird nicht unterschieden (D. 93); ebensowenig zwischen Einzelvertretungsmacht und Gesamtvertretungsmacht. Die Vertretungsmacht kann (abweichend BGB. § 715) entzogen werden auch ohne gleichzeitige Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (D. 93). Geschieht dies, dann bleibt nicht nur die Befugnis, sondern auch die Pflicht zur Geschäftsführung unberührt, insoweit diese Pflicht trotz des Vertretungsverbots ausübbar ist (vgl. Bolze 9 Nr. 465).

II. **Antrag der übrigen Gesellschafter.** Vgl. § 117 Anm. I b. Dies findet auch Anwendung, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Mitgliedern besteht (KB. 55). Ist vertraglich vereinbart, daß die Stellung des Antrages durch einen oder einige Gesellschafter genügt, so ist dies als maßgebend zu erachten, da die hierdurch geänderte Vorschrift des Gesetzes nur zur Sicherung des Antragsgegners, nicht Dritter, gegeben ist.

III. **Antragsgegner.** Vgl. § 117 Anm. I c.

IV. **Gerichtliche Entscheidung.** Vgl. § 117 Anm. I d. Auch einstweilige Verfügungen sind zulässig (D. 30), durch welche die Vertretungsmacht entzogen oder (§ 125 Abs. 2, 3; aber nicht dem Umfang nach, § 126 Abs. 2) beschränkt wird.

V. **Wichtiger Grund.** Vgl. § 117 Anm. I e.

VI. **Entziehung.** Durch die gerichtliche Entscheidung wird die Vertretungsmacht (oben Anm. I) entzogen. Die Entziehung ist aber eine Art des Ausschlusses der Vertretungsmacht. Deshalb ist sie von den übrigen Gesellschaftern (§ 16 Abs. 1) zum Handelsregister anzumelden (§ 125 Anm. VI c 1). Weigert sich einer der übrigen Gesellschafter, bei der Anmeldung mitzuwirken, so wird in der Regel auf Grund des Gesellschaftsvertrages seine Mitwirkung erzwungen werden können; auch wird in der Regel Schadensersatzpflicht eintreten. Bevor die Entziehung der Vertretungsmacht im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist, kann die Gesellschaft die Entziehung Dritten nicht entgegensetzen, es sei denn, daß sie diesen bekannt war (§ 15 Abs. 1). Dadurch, daß einem Gesellschafter die Vertretungsmacht entzogen wird, erfährt die Vertretungsmacht der übrigen keine Verstärkung (Staub Anm. 5, Lehmann Nr. 2; dagegen Goldmann Nr. 10). War keiner der anderen Gesellschafter vertretungsermächtigt ohne Mitwirkung desjenigen, dem die Vertretungsmacht entzogen ist, so ist nach der Entziehung eine Gesellschaft ohne vertretungsermächtigte Gesellschafter (§ 125 Anm. V b) vorhanden. In

diesen Fällen führt daher in der Regel nicht § 127, sondern nur § 140 zum Ziel. — Wie die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis auf die Geschäftsführungsbefugnis der übrigen Gesellschafter wirkt, vgl. § 117 Anm. I a 2. — Einseitig kündbar ist nie die Vertretungsmacht (Goldmann Nr. 15; dagegen Staub Anm. 8), sondern nur — unter Umständen (§ 117 Anm. II) — die „Vertretungsbefugnis" (§ 125 Anm. II a).

IV. Haftung der Gesellschafter (§§ 128—130).

§ 128.

Haftung als Gesamtschuldner.

Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesammtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

ADH. Art. 112. **Entw. I** § 116. **Entw. II** § 126.

I. Haftung als Gesamtschuldner.
II. Inwieweit gegenüber Mitgesellschaftern?
III. Verbindlichkeiten der Gesellschaft.
IV. Entgegenstehende Vereinbarungen.

I. Haftung als Gesamtschuldner.

a. **Die allgemeinen Vorschriften des BGB.** über die Haftung als Gesamtschuldner kommen zur Anwendung:

§ 421. „Schulden Mehrere eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet."

§ 422. „Die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner. Das gleiche gilt von der Leistung an Erfüllungsstatt, der Hinterlegung und der Aufrechnung.

Eine Forderung, die einem Gesamtschuldner zusteht, kann nicht von den übrigen Schuldnern aufgerechnet werden."

§ 423. „Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten."

§ 424. „Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner."

§ 425. „Andere als die in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten.

Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzuge, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteile."

Da die Schuldverhältnisse der Gesellschaft und diejenigen der Gesellschafter nicht, wie die Verpflichtungen mehrerer völlig selbständiger Schuldner, nebeneinanderstehen (es liegt kein reines Gesamtschuldverhältnis vor; D. 110), sondern die Schuld der Gesellschafter nur eine zu der Schuld der Gesellschaft hinzutretende ist (Anm. I b), so wird anzunehmen sein, daß der Fall des Vorbehalts in BGB. § 425 Abs. 1, „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergibt" insoweit hier zutrifft, daß, wenn gegenüber der Gesellschaft andere als die in BGB. §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen eintreten, dies auch für und gegen die Gesellschafter gilt. Nicht aber auch umgekehrt. — Über die Einwirkung einer Au-

hebung der Gesellschaftsschuld auf die Gesamthaft der Gesellschafter vgl. § 128 Anm. III b. — Über die Haftung derjenigen, die sich fälschlich als Gesellschafter ausgeben, vgl. § 123 Anm. IV.

b. **Rechtsgrund** der Haftung der Gesellschafter. Wie jede Haftung, vertragliche oder andere, beruht die Haftung der einzelnen Gesellschafter als Gesamtschuldner für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in letzter Reihe auf dem Gesetz. Bei der Frage nach dem „Rechtsgrund" im gewöhnlichen Sinn dieses Wortes hat man indessen von jener letzten Grundlage, eben weil sie eine allen Verbindlichkeiten gemeinsame ist, abzusehen, und nur darauf kommt es an, woran das Gesetz den Eintritt der Haftung knüpft. Nach HGB. § 123 knüpft nun das Gesetz das Eintreten jener Haftung unmittelbar an das Bestehen dieser Form der Vergesellschaftung verbunden mit der nach außen erfolgten Kundgebung dieses Bestehens. [Der Fall der unwahren Kundgebung, es bestehe eine offene Handelsgesellschaft, § 123 Anm. IV b, ist hier auszuscheiden, da in diesem Fall überhaupt keine Verbindlichkeit einer Gesellschaft eintritt.] Und zwar hat nur diejenige Kundgebung diese Wirkung, die unter Zustimmung aller Gesellschafter geschieht (bei Eintragung: § 108 Abs. 1; bei Geschäftebeginn: § 123 Anm. III b; bei sonstiger Kundgebung: § 123 Anm. IV a). Ist letzteres richtig, so ist als Rechtsgrund nicht schon die Eingehung des Gesellschaftsvertrages, sondern erst die nach außen erfolgte Kundgebung aufzufassen. Diese Kundgebung braucht von den Kundgebenden nicht als ein Versprechen selbstschuldnerischer Gewähr gemeint zu sein; nach öffentlichem Recht (HGB. § 128 Satz 2) wirkt sie jedoch wie ein solches (RG. 30 35). Der Inhalt der Gewähr geht aber dahin, daß für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft genau mit demselben Inhalt und unter denselben Maßgaben zugleich auch eine Haftung der einzelnen Gesellschafter eintreten soll. So bedarf es insbesondere keiner Vorausklage gegen die Gesellschaft, sondern jeder Gesellschafter kann unmittelbar in Anspruch genommen werden (BGB. § 421, ROH. 7 385, 17 288, RG. 5 53). So ist mit dem Erfüllungsort für die Gesellschaft allemal zugleich der Erfüllungsort für alle einzelnen Gesellschafter bestimmt (RG. 32 45, RG. 21 III 94 Gruchots Beitr. 38 1194). So können auf Grund der Wechselunterschrift der Gesellschaft zugleich die Gesellschafter im Wechselverfahren verklagt werden RG. 13 XII 89 in Gruchots Beitr. 34 1216 und in Bolze 9 Nr. 469, RG. 26 IV 90 Gruchots Beitr. 34 1222). Nur im obigen Sinn läßt sich sagen (so RG. 24 III 93 JW. 254 [18]; ähnlich auch RG. 26 IV 90 Gruchots Beitr. 34 1222), daß die Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter auf derselben Grundlage beruht. Die Haftung der Gesellschafter ist zwar keine nur ergänzende (subsidiäre), aber doch nur eine hinzutretende (hiergegen Behrend § 73 Anm. 11), deren Inhalt sich bei der Entstehung (nicht notwendig dauernd) vollständig mit dem Inhalt der Haupthaftung, derjenigen der Gesellschaft, deckt. Mit der vorstehend vorgetragenen Ansicht stimmt überein die Regelung der zulässigen Einreden des Gesellschafters gegenüber Dritten (§ 129 Abs. 1 bis 3) und die Regelung für den Fall gleichzeitigen Konkurses der Gesellschaft und des Gesellschafters (§ 124 Anm. II d).

II. **Den Gläubigern** der Gesellschaft gegenüber besteht die Gesamthaftung.

a. **Haftung der Mitgesellschafter gegenüber einem Gesellschafter als Gläubiger der Gesellschaft.** Die D. 93 bemerkt: „Der Grundsatz, daß bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner mit ihrem ganzen Vermögen haften, ist im Art. 112 ADH. (jetzt § 128 HGB.) ohne Einschränkung aufgestellt. Dessenungeachtet ist früher vielfach angenommen worden, daß die bezeichnete Regel eine Ausnahme erleiden müsse, soweit es sich um die Forderung eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft handelt, und zwar ohne Unterschied, ob die Forderung sich auf das Gesellschaftsverhältnis gründet oder ob sie auf einem selbständigen Rechtsgeschäft beruht, das der Gesellschafter mit der Gesellschaft geschlossen hat. Die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts ist jedoch von dieser Auffassung abgegangen und hat vielmehr unter gewissen Einschränkungen auch dem einzelnen Gesellschafter das Recht zugestanden, wegen seiner Forderungen an die Gesellschaft die Mitgesellschafter in Anspruch zu nehmen. Es liegt kein genügender Grund vor, dieser Rechtsprechung durch gesetzliche Vorschriften entgegenzutreten." Vgl. hierzu Förtsch in HoldheimsMSchr. 98 277.

diesen Fällen führt daher in der Regel nicht § 127, sondern nur § 140 zum Ziel. — Wie die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis auf die Geschäftsführungsbefugnis der übrigen Gesellschafter wirkt, vgl. § 117 Anm. I a 2. — Einseitig kündbar ist nie die Vertretungsmacht (Goldmann Nr. 15; dagegen Staub Anm. 8), sondern nur — unter Umständen (§ 117 Anm. II) — die „Vertretungsbefugnis" (§ 125 Anm. II a).

IV. Haftung der Gesellschafter (§§ 128—130).

§ 128.

Haftung als Gesamtschuldner.

Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesammtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

ADH. Art. 112. **Entw. I** § 116. **Entw. II** § 126.

I. Haftung als Gesamtschuldner.

a. **Die allgemeinen Vorschriften des BGB.** über die Haftung als Gesamtschuldner kommen zur Anwendung:

§ 421. „Schulden Mehrere eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet."

§ 422. „Die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner. Das gleiche gilt von der Leistung an Erfüllungsstatt, der Hinterlegung und der Aufrechnung.

Eine Forderung, die einem Gesamtschuldner zusteht, kann nicht von den übrigen Schuldnern aufgerechnet werden."

§ 423. „Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten."

§ 424. „Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner."

§ 425. „Andere als die in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten.

Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzuge, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteile."

Da die Schuldverhältnisse der Gesellschaft und diejenigen der Gesellschafter nicht, wie die Verpflichtungen mehrerer völlig selbständiger Schuldner, nebeneinanderstehen (es liegt kein reines Gesamtschuldverhältnis vor; D. 110), sondern die Schuld der Gesellschafter nur eine zu der Schuld der Gesellschaft hinzutretende ist (Anm. I b), so wird anzunehmen sein, daß der Fall des Vorbehalts in BGB. § 425 Abs. 1, „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergibt" insoweit hier zutrifft, daß, wenn gegenüber der Gesellschaft andere als die in BGB. §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen eintreten, dies auch für und gegen die Gesellschafter gilt. Nicht aber auch umgekehrt. — Über die Einwirkung einer Auf-

hebung der Gesellschaftsschuld auf die Gesamthaft der Gesellschafter vgl. § 128 Anm. III b. — Über die Haftung derjenigen, die sich fälschlich als Gesellschafter ausgeben, vgl. § 123 Anm. IV.

b. **Rechtsgrund** der Haftung der Gesellschafter. Wie jede Haftung, vertragliche oder andere, beruht die Haftung der einzelnen Gesellschafter als Gesamtschuldner für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in letzter Reihe auf dem Gesetz. Bei der Frage nach dem „Rechtsgrund" im gewöhnlichen Sinn dieses Wortes hat man indessen von jener letzten Grundlage, eben weil sie eine allen Verbindlichkeiten gemeinsame ist, abzusehen, und nur darauf kommt es an, woran das Gesetz den Eintritt der Haftung knüpft. Nach HGB. § 123 knüpft nun das Gesetz das Eintreten jener Haftung unmittelbar an das Bestehen dieser Form der Vergesellschaftung verbunden mit der nach außen erfolgten Kundgebung dieses Bestehens. [Der Fall der unwahren Kundgebung, es bestehe eine offene Handelsgesellschaft, § 123 Anm. IV b, ist hier auszuscheiden, da in diesem Fall überhaupt keine Verbindlichkeit einer Gesellschaft eintritt.] Und zwar hat nur diejenige Kundgebung diese Wirkung, die unter Zustimmung aller Gesellschafter geschieht (bei Eintragung: § 108 Abs. 1; bei Geschäftsbeginn: § 123 Anm. III b; bei sonstiger Kundgebung: § 123 Anm. IV a). Ist letzteres richtig, so ist als Rechtsgrund nicht schon die Eingehung des Gesellschaftsvertrages, sondern erst die nach außen erfolgte Kundgebung aufzufassen. Diese Kundgebung braucht von den Kundgebenden nicht als ein Versprechen selbstschuldnerischer Gewähr gemeint zu sein; nach öffentlichem Recht (HGB. § 128 Satz 2) wirkt sie jedoch wie ein solches (RG. **30** 35). Der Inhalt der Gewähr geht aber dahin, daß für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft genau mit demselben Inhalt und unter denselben Maßgaben zugleich auch eine Haftung der einzelnen Gesellschafter eintreten soll. So bedarf es insbesondere keiner Vorausklage gegen die Gesellschaft, sondern jeder Gesellschafter kann unmittelbar in Anspruch genommen werden (BGB. § 421, ROH. **7** 385, **17** 288, RG. **5** 53). So ist mit dem Erfüllungsort für die Gesellschaft allemal zugleich der Erfüllungsort für alle einzelnen Gesellschafter bestimmt (RG. **32** 45, RG. 21 III 94 Gruchots Beitr. **38** 1194). So können auf Grund der Wechselunterschrift der Gesellschaft zugleich die Gesellschafter im Wechselverfahren verklagt werden RG. 13 XII 89 in Gruchots Beitr. **34** 1216 und in Bolze **9** Nr. 469, RG. 26 IV 90 Gruchots Beitr. **34** 1222). Nur im obigen Sinn läßt sich sagen (so RG. 24 III 93 JW. 254[18]; ähnlich auch RG. 26 IV 90 Gruchots Beitr. **34** 1222), daß die Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter auf derselben Grundlage beruht. Die Haftung der Gesellschafter ist zwar keine nur ergänzende (subsidiäre), aber doch nur eine hinzutretende (hiergegen Behrend § 73 Anm. 11), deren Inhalt sich bei der Entstehung (nicht notwendig dauernd) vollständig mit dem Inhalt der Haupthaftung, derjenigen der Gesellschaft, deckt. Mit der vorstehend vorgetragenen Ansicht stimmt überein die Regelung der zulässigen Einreden des Gesellschafters gegenüber Dritten (§ 129 Abs. 1 bis 3) und die Regelung für den Fall gleichzeitigen Konkurses der Gesellschaft und des Gesellschafters (§ 124 Anm. II d).

II. **Den Gläubigern** der Gesellschaft gegenüber besteht die Gesamthaftung.

a. **Haftung der Mitgesellschafter gegenüber einem Gesellschafter als Gläubiger der Gesellschaft.** Die D. 93 bemerkt: „Der Grundsatz, daß bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner mit ihrem ganzen Vermögen haften, ist im Art. 112 ADH. (jetzt § 128 HGB.) ohne Einschränkung aufgestellt. Dessenungeachtet ist früher vielfach angenommen worden, daß die bezeichnete Regel eine Ausnahme erleiden müsse, soweit es sich um die Forderung eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft handelt, und zwar ohne Unterschied, ob die Forderung sich auf das Gesellschaftsverhältnis gründet oder ob sie auf einem selbständigen Rechtsgeschäft beruht, das der Gesellschafter mit der Gesellschaft geschlossen hat. Die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts ist jedoch von dieser Auffassung abgegangen und hat vielmehr unter gewissen Einschränkungen auch dem einzelnen Gesellschafter das Recht zugestanden, wegen seiner Forderungen an die Gesellschaft die Mitgesellschafter in Anspruch zu nehmen. Es liegt kein genügender Grund vor, dieser Rechtsprechung durch gesetzliche Vorschriften entgegenzutreten." Vgl. hierzu Förtsch in HoldheimsMSchr. **98** 277.

Vier Fälle werden unterschieden werden müssen:

1. Der Gesellschafter hat gegen die Gesellschaft nur eine Forderung auf **Zuschreibung** auf seinem Kapitalkonto, nicht auf Zahlung. So bei der Forderung wegen erfolgter Einlagen (§ 105 Anm. I h) oder wegen desjenigen Gewinnanteils, dessen Erhebung zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereichen würde (§ 120 Anm. III a, § 122 Anm. III). Hier folgt aus dem Inhalt der Forderung, daß während bestehender Gesellschaft nur gegen die Gesellschaft, nicht auch gegen die einzelnen Mitgesellschafter auf Erfüllung geklagt werden kann.

2. Die auf **Zahlung** gehende Forderung des Gesellschafters gründet sich **unmittelbar** auf den Gesellschaftsvertrag. So bei der Forderung auf die zulässigen Entnahmen (§ 122 Abs. 1). Wollte man in einem solchen Fall eine Klage auf Zahlung auch gegen die Mitgesellschafter gewähren, so würde hierdurch gegen sie mittelbar ein Zwang zur Erhöhung der Einlage ausgeübt werden, trotzdem auch die Forderung auf das Gesellschaftsverhältnis allein sich stützt. Da aber bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages das Entstehen derartiger Forderungen vorauszusehen ist, und dennoch gleichzeitig die Pflicht zur Einlageerhöhung ausgeschlossen wird, so ist hierin die vertragliche Beschränkung zu finden, daß die Verfolgung jener Forderungen nur insoweit zulässig ist, als diese Verfolgung nicht mittelbar einen Mitgesellschafter zur Einlageerhöhung zwingt. Da auch nach Auflösung der Gesellschaft bis zum Schluß der Liquidation keine Pflicht zur Einlageerhöhung besteht (§ 105 Anm. I h 5), so bleibt auch dann noch eine gegen die Mitgesellschafter gerichtete Klage auf Zahlung ausgeschlossen (dagegen ROH. 12 274, 23 195). Andererseits ist die Geltendmachung des Anspruchs gegen die Mitgesellschafter eben nur in dem Umfang ausgeschlossen, als durch die Geltendmachung eine Einlageerhöhung erzwungen würde. Auch gegen die Mitgesellschafter ist daher schon während Bestehens der Gesellschaft und vor Schluß der Liquidation eine Klage auf Feststellung (ROH. 19 416; vgl. dagegen ROH. 23 197) oder auf Einsetzung des bestrittenen Postens bei der demnächstigen Auseinandersetzung zulässig, falls sonst die prozessualischen Voraussetzungen für solche Klagen vorliegen. Nach dem Schluß der Liquidation kann die Forderung auch gegen die früheren Mitgesellschafter im Rahmen der Auseinandersetzungsforderung (§ 155 Anm. IV b) geltend gemacht werden.

3. Die auf **Zahlung** gehende Forderung des Gesellschafters ist zwar **anläßlich** des Gesellschaftsverhältnisses erworben, aber doch nur durch Hinzutreten eines anderen, nicht unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden Tatbestandes. So bei Ansprüchen für Aufwendungen des Gesellschafters (§ 110 Anm. I, IV; vgl. V) und bei Ansprüchen auf Grund der Geschäftsführung, z. B. wegen der Sonderverluste des geschäftsführenden Gesellschafters (§ 110 Anm. II, IV; vgl. V), wegen besonders zu entgeltender Bemühungen (§ 114 Anm. IV), wegen Vorschusses (§ 110 Anm. I). Daß in dem vertraglichen Ausschluß der Pflicht zur Einlageerhöhung auch ein Verzicht auf sofortige Beitreibung des die Mitgesellschafter treffenden Anteils an derartigen, bei dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht vorherzusehenden Forderungen liege (so ROH. 12 274, 13 145, RG. 31 141), ist — im Unterschied zu dem zu 2 gedachten Fall — nicht anzuerkennen. (Das BGB. betrachtet — hiermit übereinstimmend — Ansprüche aus der Geschäftsführung nicht als Teil des „Anteils am Gesellschaftsvermögen“; BGB. § 717, verglichen mit BGB. § 725; vgl. unten § 135 Anm. VI). Mithin würde — da der uneingeschränkten Regel des § 128 Satz 1 HGB. hier keine Beschränkung aus § 707 BGB. (früher Art. 92 ADH.) entgegenstände — nach allgemeinen Erwägungen auch in diesem Fall eine Klage gegen die Mitgesellschafter in demselben Umfang zuzulassen sein wie im Fall zu 4. Offen bleibt indessen noch die Frage, ob etwa eine andere Gesetzesvorschrift als BGB. § 707 eine hierauf bezügliche Beschränkung enthält. In Betracht kommt HGB. § 110, nach welchem für Aufwendungen eines Gesellschafters und für Sonderverluste eines geschäftsführenden Gesellschafters „die Gesellschaft“ ersatzpflichtig ist. Sieht man hierin den Ausschluß der Gesamthaftung der Mitgesellschafter (vgl. § 110 Anm. IV), so kann man folgern daß darin ein Grundsatz

zum Ausdruck gekommen sei, der für **alle** Fälle einer anläßlich des Gesellschaftsverhältnisses entstandenen Forderung eines Mitgesellschafters gilt. Nach der herrschenden Meinung ist in der Tat in allen diesen Fällen ein Anspruch gegen die Mitgesellschafter während bestehender Gesellschaft ausgeschlossen (RG **59** 143; von dieser Annahme ist wohl auch in KO. § 28 ausgegangen, vgl. § 131 Anm. I e). Nimmt man — was wohl zutreffender — das Gegenteil an, und stellt man mithin den Fall zu 3 dem Fall zu 4 gleich, so ergeben sich allerdings Schwierigkeiten bei Beantwortung der Frage, **welcher** Anteil von den Mitgesellschaftern gefordert werden kann; indessen sind diese Schwierigkeiten keine anderen als im Fall zu 4 (hierüber unten Anm. II b). — Die Frage der Verfolgbarkeit während Liquidation ist verschieden zu entscheiden (vgl. jedoch ROH. **12** 274, **23** 195, oben zu 2 angeführt), je nachdem man — wie zu 2 — den Gesichtspunkt eines Verbots der Einlageerhöhung als entscheidend erachtet oder den Fall zu 3 dem Fall zu 4 gleichstellt.

4. Die auf **Zahlung** gehende Forderung des Gesellschafters ist **ohne jede Beziehung zum Gesellschaftsvertrag** entstanden. So z. B. bei Kauf, Miete, Darlehn zwischen Gesellschafter und Gesellschaft; ebenso bei gegenseitigen Wechselverbindlichkeiten (RG. 7 120). In solchem Fall steht der Gesellschafter wie ein Dritter der Gesellschaft gegenüber und kann gemäß § 128 auch jeden Mitgesellschafter als Gesamthaftenden in Anspruch nehmen (D. 93, RG. **36** 63, Lehmann Nr. 12, Goldmann Nr. 28, vgl. RG. **59** 144; dagegen Staub Anm. 24). Nur kann der Mitgesellschafter **Einwendungen** aus dem bestehenden Gesellschaftsverhältnis ableiten, insbesondere anführen, der Kläger könne die an sich begründete Gesamthaftung insoweit nicht geltend machen, als er selbst auf Grund seiner in der nämlichen Weise bestehenden Gesamthaftung dasjenige wieder herausgeben müßte, was er von dem Beklagten über dessen Schuldanteil (einschließlich seines Schuldanteils gemäß BGB. § 426 Abs. 1 Satz 2) hinaus erhalten würde (ROH. **13** 145, RG. **36** 63). Ebenso, wenn der Gesellschafter die Forderung durch Übertragung seitens eines Gesellschaftsgläubigers erworben hat (RG. 13 XII 95 JW. **96** 58[10]). Nach RG. **29** 16 ändert sich die Stellung des Gesellschafters, welcher Gläubiger der Gesellschaft ist, mit dem Eintreten der Liquidation; eine Klage gegen die Gesellschaft auf Zahlung (nicht nur auf Feststellung) könne dann in der Regel nur erhoben werden, wenn Kläger nachweise, daß Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung aller Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft vorhanden ist. (Eine solche Einschränkung ist **nicht** gemacht in Bolze 7 Nr. 633; eine Milderung, ohne grundsätzliche Entscheidung, in RG. 13 XII 95 JW. **96** 58[10]). Wäre dies richtig, so würde nach § 129 Abs. 1 auch für die Klagen gegen Mitgesellschafter während der Liquidation eine gleiche Einschränkung herzuleiten sein. Die Einschränkung ist indessen auch gegenüber der **Gesellschaft** nicht als zutreffend anzuerkennen, denn die Liquidation kann zwar möglicherweise Rechte, die auf den **Gesellschaftsvertrag** gegründet werden, beeinflussen (vgl. jedoch § 149 Anm. II d), jedenfalls aber nicht Ansprüche, die auf **anderer** Grundlage beruhen. Etwa zulässige **Einwendungen** verbleiben dem Beklagten auch während der Liquidation (dahingestellt RG. **36** 64; vgl. ROH. **12** 274, RG. **31** 144; in letzterem Urteil ist für einen **Einzelfall** wegen der zu grund liegenden Abmachungen angenommen, daß der beklagte Mitgesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft den Einwand, daß Kläger die eingeklagte Schuld anteilig mitzutragen habe, **nicht** geltend machen könne).

In der **Buchführung** sind Forderungen der zu 1 und 2 gedachten Art von denjenigen der zu 3 und 4 gedachten Art dadurch zu scheiden, daß die ersteren auf Kapitalkonto, die letzteren auf Sonderkonto zu buchen sind (vgl. § 110 Anm. V, § 120 Anm. III a).

b. **Ausgleichungsrecht der Gesellschafter untereinander.**

Der § 426 BGB. lautet:

„Die Gesamtschuldner sind im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist. Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen.

Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen

Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden."

Die Denkschr. 94 bemerkt: „Da die Gesellschafter als Gesamtschuldner haften, so kommen auf ihre nebeneinander bestehenden Verpflichtungen die Vorschriften des BGB. über die Gesamtschuld zur Anwendung. In Ansehung der Vorschriften, welche nach § 426 BGB. bezüglich des Rückgriffs der Gesamtschuldner untereinander im Zweifel maßgebend sind, gilt dies allerdings nicht; die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern findet vielmehr erst nach der Auflösung der Gesellschaft oder nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters statt. Auch während der Liquidation hat der Gesellschafter noch nicht ohne weiteres ein von dem schließlichen Ergebnisse der Auseinandersetzung unabhängiges Rückgriffsrecht gegen die Mitgesellschafter. Die bezeichneten Rechtssätze sind durch Rechtsprechung und Wissenschaft hinreichend festgestellt, so daß es keiner besonderen Vorschriften im Gesetze bedarf."

Der § 128 HGB. behandelt nur die Haftung der Gesamtschuldner nach außen. Weder erklärt er daher den § 426 BGB. für anwendbar, noch schließt er dessen Anwendbarkeit aus. Der § 426 BGB. enthält aber die allgemeine Vorschrift, die zur Anwendung kommen muß, soweit sie nicht ausgeschlossen ist. Trotz der in der Denkschrift ausgesprochenen Ansicht ist daher grundsätzlich der § 426 BGB. für anwendbar zu erachten, und es ist nur die Frage aufzuwerfen, ob im Einzelfall die in diesem § 426 BGB. enthaltenen Voraussetzungen für dessen einzelne Bestimmungen gegeben sind. Hat ein Gesellschafter eine Gesellschaftsschuld gezahlt, so kann er gegenüber der gesamthaftenden Gesellschaft fast stets Ausgleichung verlangen (§ 110 Anm. I), die Voraussetzung des § 426 Abs. 2 Satz 1 ist daher gegeben, nicht dagegen die Voraussetzung des § 426 Abs. 1 Satz 1, da die Gesellschaft zu vollem Ersatz verpflichtet ist.

Ob der Gesellschafter, der einen Gesellschaftsgläubiger wegen einer Gesellschaftsschuld befriedigt, auch gegenüber den Mitgesellschaftern ein schon vor Schluß der Liquidation bestehendes Ausgleichungsrecht hat (verneinend Cosack HR. § 108 V 1d, Staub Anm. 19, Lehmann Nr. 13, Goldmann Nr. 24), ist — wenn man mit der herrschenden Meinung auf die Fälle der Anm. IIa 3 andere Grundsätze als auf diejenigen der Anm. IIa 4 anwendet — verschieden zu entscheiden, je nachdem man die durch Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers entstehende Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft zu den Fällen zu 3 oder zu 4 stellt. Bisher wurden derartige Forderungen zu den Fällen zu 3 gestellt (ROH. 12 273, RG. **31** 141; vgl. § 110 Anm. I), und dies (wenn auch nicht die hieraus von der herrschenden Meinung gezogene Folgerung) ist für zutreffend zu erachten. Etwas Gegenteiliges folgt nicht etwa aus § 426 Abs. 2 BGB., denn nach dieser Bestimmung geht auf einen Gesamtschuldner, der den Gläubiger befriedigt, die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner nur insoweit über, als der Befriedigende Ausgleichung von den übrigen Schuldnern verlangen kann (vgl. auch den entsprechenden § 774 Abs. 1 Satz 3 BGB.). Ob letzteres gegenüber den Mitgesellschaftern der Fall, ist aber erst zu entscheiden; es kann mithin nicht davon ausgegangen werden, es sei der Fall.

Nimmt man aber entgegen der herrschenden Meinung an (so oben Anm. IIa 3), daß auch wegen der nur anläßlich des Gesellschaftsverhältnisses erworbenen Forderungen eines Gesellschafters die Mithaftung der übrigen Gesellschafter besteht, so ist auch BGB. § 426 anwendbar; nur werden bei Feststellung der Zahl der Ausgleichspflichtigen behufs Berechnung der „gleichen Anteile" allein die gesamthaftenden Gesellschafter, nicht auch die gesamthaftende Gesellschaft mitgerechnet.

Zu welchem Verhältnis die Mitgesellschafter untereinander zur Ausgleichung verpflichtet sind (§ 426 Abs. 1 Satz 1), ist in erster Reihe aus dem Gesellschaftsvertrag abzuleiten (HGB. § 109, RG. **40** 30). Bei dem Mangel von Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag kann nicht das Verhältnis der Kapitalanteile als Verteilungsmaßstab benutzt werden, da dies Verhältnis während bestehender Gesellschaft beständig wechselt; vielmehr wird (unter entsprechender Anwendung des § 735 BGB.) nach dem Verhältnis zu verteilen sein, nach welchem die Gesell-

schafter den Verlust zu tragen haben — unbeschadet des Rückgriffs jedes Gesellschafters an die Gesellschaft. — Gegenüber der auf eine Befriedigung des Gesellschaftsgläubigers gestützten Klage eines Gesellschafters gegen einen Mitgesellschafter wird die Einrede aus dem zu grund liegenden Vertragsverhältnis (vgl. oben Anm. II a 4) zuzulassen sein, daß die Befriedigung ohne hierauf gerichtetes Verlangen des Gläubigers und zu dem vertragswidrigen Zweck erfolgt sei, auf diesem Weg eine Einlageerhöhung des Mitgesellschafters zu erzwingen.

Über Ausgleichsforderungen nach Schluß der Liquidation vgl. § 155 Anm. IV.

Wegen Aufbrauchung der Einlage durch Verlust besteht vor Schluß der Liquidation (oder Auflösung ohne verbleibendes Aktivvermögen) kein Ausgleichungsrecht (RG. **40** 30); anderenfalls würde der andere zur Erhöhung seiner Einlage gezwungen (vgl. oben Anm. II a 2).

III. **Verbindlichkeiten der Gesellschaft.**

a. **Der Rechtsgrund** der Verbindlichkeiten ist unerheblich (vgl. § 25 Anm. III a 1). Der Gesellschafter haftet daher z. B. auch für Verbindlichkeiten der Gesellschaft (vgl. § 125 Anm. I d) aus Vertragsverletzungen (RG. 13 XII 01 JW. 02 78[10]) und aus unerlaubten Handlungen (Str. **67** 142). Auch für diejenigen Verbindlichkeiten, die außerhalb des im Gesellschaftsvertrag bezeichneten Zwecks der Gesellschaft erwachsen sind (RG. 29 I 02 JW. 188[27]). Eine Beschränkung auf die im Geschäftsbetrieb begründeten Verbindlichkeiten ist hier nicht (wie in § 25) aufgenommen; eine Verbindlichkeit der Gesellschaft kann auch entstehen, ohne daß sie im Geschäftsbetrieb ihren Grund hat (§ 126 Anm. I b). Verbindlichkeit der Gesellschaft ist nicht die bei der Auseinandersetzung entstehende Schuld des Gesellschafters mit Passivsaldo zur Zahlung einer Ausgleichssumme an die Gesellschafter mit Aktivsaldo, dagegen die bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters von der das Geschäft fortführenden Gesellschaft übernommene Verpflichtung zur Zahlung der Abfindungssumme (RG. **7** 94).

b. **Noch bestehende** Verbindlichkeit. Die Verbindlichkeit der Gesellschaft muß noch bestehen, wenn der einzelne Gesellschafter dafür in Anspruch genommen werden soll. Es genügt nicht, daß früher einmal eine Verbindlichkeit der Gesellschaft bestanden hat. Dem Gesellschafter stehen daher alle Einreden zu, deren sich die Gesellschaft bedienen könnte (ROH. **13** 66, **25** 126; vgl. § 128 Anm. I a). So die Einrede der vertraglichen Aufhebung der Gesellschaftsverbindlichkeit, z. B. durch Erlaß (ROH. **25** 126). So begrenzt der Zwangsvergleich, soweit er nicht ein anderes festsetzt, zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter (KO. § 211 Abs. 2). So kann ferner der in Anspruch genommene Gesellschafter auf ein die Klage gegen die Gesellschaft abweisendes Urteil den Einwand gründen, daß das (damalige) Nichtbestehen einer Gesellschaftsschuld rechtskräftig festgestellt sei (RG. **5** 70, **49** 343, Bolze **16** Nr. 501). Über die Einrede der gegen die Gesellschaft eingetretenen Verjährung vgl. § 129 Anm. II b.

c. **Der Gesellschaft** Verbindlichkeiten. Nur für diese haftet der Gesellschafter. Indem die Gesellschaft sich zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet, bindet sie nicht auch den einzelnen Gesellschafter, für seine Person das Gleiche zu tun oder zu unterlassen. Hat z. B. die Gesellschaft sich einem Dritten verpflichtet, während gewisser Zeit eine bestimmte Art von Verträgen nur gemeinschaftlich mit diesem Dritten zu schließen, so darf doch ein demnächst ausgeschiedener Gesellschafter für seine Person derartige Verträge ohne Zuziehung des Dritten eingehen (RG. 13 II 00 JW. 254[8]); hat die Gesellschaft sich unter Vertragsstrafe verpflichtet, nicht unter gewissem Preis zu verkaufen, so kann die Vertragsstrafe nicht gegen den in eigenem Namen so verkaufenden Gesellschafter eingefordert werden (RG. 28 IX 04 HoldheimsMSchr. **05** 51); hat die Gesellschaft sich verpflichtet, nur von einem bestimmten anderen Kaufmann gewisse Waren zu beziehen, so darf der einzelne Gesellschafter für sich persönlich, z. B. für ein von ihm nach seinem Austritt gegründetes eigenes Geschäft, dennoch auch anderswoher Ware beziehen (RG. 13 XII 01 JW. 02 78[10]). Anders nur, wenn das Abschließen in eigenem Namen wider Treu und Glauben zwecks Umgehung des Vertrags der Gesellschaft mit dem Dritten, in Wahrheit für Rechnung der Gesellschaft geschieht (vgl. RG. 13 II 00 JW. 254[8]). — Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet Dritten nicht aus den nach seinem Ausscheiden eingegangenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft; selbst dann nicht, wenn, wie z. B. bei Wechselverlängerung, die neue Verbindlichkeit nur zwecks Abwicklung

einer bereits vor dem Ausscheiden vorhanden gewesenen Verbindlichkeit eingegangen wurde (RG. 5 VII 02 JW. 445[10]).

IV. **Entgegenstehende Vereinbarungen** sind Dritten gegenüber unwirksam. „Dritter" kann auch der Gesellschafter sein (§ 126 Anm. II a). Unerheblich ist, ob der Dritte eine etwaige entgegenstehende Abrede bei Eingehung eines Geschäfts mit der Gesellschaft gekannt hat, und auch, ob jene unter den Gesellschaftern getroffene Abrede ihm ausdrücklich mitgeteilt worden ist (P. 165: „selbst wenn sie öffentlich bekannt gemacht wäre"; dies wurde von der Redaktionskommission gestrichen, ROH. 6 3). Unter „Vereinbarungen" sind nur Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander zu verstehen. Entgegenstehende Vereinbarungen mit dem Dritten bleiben zulässig und wirksam (ROH. 15 18, Cosack HR. § 107 Einl.). Durch solche Vereinbarungen verliert die Gesellschaft nicht ihre Eigenschaft als offene Handelsgesellschaft (§ 105 Anm. III a).

§ 129.

Zulässige Einwendungen des Gesellschafters.

Wird ein Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen, so kann er Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können.

Der Gesellschafter kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange der Gesellschaft das Recht zusteht, das ihrer Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.

Die gleiche Befugniß hat der Gesellschafter, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann.

Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt.

ADH. — **Entw. I** § 117. **Entw. II** § 127.

I. **Inanspruchnahme eines Gesellschafters wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft.**

a. **Gesellschafter.** Das Wort bezeichnet an sich nur denjenigen, der zur Zeit der Inanspruchnahme Gesellschafter ist. Entsprechendes gilt aber nicht nur für den gewesenen Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft während Liquidation (§ 156; vgl. auch unten Anm. II a), sondern auch für den gewesenen Gesellschafter überhaupt, selbst wenn keine Liquidation stattgefunden hat oder diese beendigt ist (vgl. § 159). Besteht die Gesellschaft auch nicht in Liquidation mehr, so kann der gewesene Gesellschafter die Einwendungen nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft, wenn sie noch bestände, erhoben werden könnten. — Diese entsprechende Anwendung findet jedoch ihre Grenze darin, daß der gewesene Gesellschafter diejenigen Tatsachen, die nach seinem vorschriftsmäßig bekannt gemachten (§ 15 Abs. 1) Ausscheiden gegen die Gesellschaft eingetreten sind, nicht gegen sich gelten zu lassen braucht (ROH. 19 24; vgl. BGB. § 425; abweichend ROH. 15 205). Dies gilt auch von einem nach seinem Ausscheiden ergangenen Urteil gegen die Gesellschaft oder der Feststellung in einem nach seinem Ausscheiden eröffneten Gesellschaftskonkurs. Ebenso bei einer nach dem Ausscheiden erfolgten Unterbrechung der Verjährung gegen die Gesellschaft (vgl. § 160). Ein Zwangsvergleich im Konkurs der Gesellschaft wirkt nicht zu gunsten des Ausgeschiedenen (KO. § 211 Abs. 2, RG. 29 40, 56 366).

b. **Verbindlichkeit der Gesellschaft.** Vgl. § 128 Anm. III.

II. **Zulässige Einwendungen.**

a. **Einwendungen, die in der Person des Inanspruchgenommenen begründet sind.** Der Gesellschafter kann sie unbeschränkt geltend machen. So z. B. den auf die Person des betreffenden Gesellschafters beschränkten Erlaß (ROH. 20 182, RG. 13 97), oder Verjährung gemäß § 159 (ROH. 20 182), oder die mit dem Gläubiger getroffene Abrede, daß er zunächst versuchen solle, sich an die Gesellschaft oder an andere Gesellschafter zu halten (ROH. 15 18). Hierher

gehören auch die etwa zulässigen (§ 128 Anm. II a) Einwendungen aus dem zu grund liegenden Gesellschaftsvertrag (insbesondere auch während bestehender Liquidation) gegenüber der Klage eines Mitgesellschafters wegen einer Gesellschaftsschuld.

b. **Einwendungen gegen die Gesellschaftsschuld als solche** (= „Einwendungen, die nicht in der Person des Inanspruchgenommenen begründet sind"). Der Gesellschafter kann sie nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können. Hiernach hat sowohl ein rechtsverbindliches Anerkenntnis der Gesellschaft wie ein gegen sie ergangenes rechtskräftiges Urteil die Wirkung, daß die Gesellschaftsschuld als solche auch den Gesellschaftern gegenüber festgestellt ist (D. 94, RG. **3** 58, **13** 97, **34** 365, **49** 343, Bolze **20** Nr. 575); allerdings nur als damals bestehend. Dies gilt auch von einem rechtskräftigen Versäumnisurteil (RG. **5** 70). Auch von einer Feststellung im Gesellschaftskonkurs RG. **36** 62, RG. 29 V 00 OLGRspr. **1** 230), es sei denn, daß der betreffende Gesellschafter, bzw. bei bestehender Liquidation der Liquidator (so sind §§ 144 Abs. 2, 164 Abs. 2 KO. entsprechend anzuwenden) die Forderung im Prüfungstermin ausdrücklich bestritten hat. Ein nur für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil gegen die Gesellschaft schließt Einwendungen des Gesellschafters nicht aus (RG. **3** 339), da auch die Gesellschaft die durch das Urteil verworfenen Einwendungen in dem weiteren Rechtsgang noch vorbringen kann. — Über die Begrenzung der Haftung des Gesellschafters nach Aufnahme der Gesellschaftsschuld in eine Laufrechnung und Anerkennung des Rechnungsabschlusses vgl. § 356. Über die Einrede, daß eine Verbindlichkeit der Gesellschaft nicht mehr bestehe, vgl. § 128 Anm. III b. Dem Gesellschafter steht auch die Einrede zu, daß die Gesellschaft wegen einer gegen sie eingetretenen Verjährung (BGB. § 222) die Leistung verweigern könne (vorausgesetzt in § 159 Abs. 1 „Anspruch gegen die Gesellschaft").

c. **Einwendungen aus einem Recht der Gesellschaft auf Anfechtung oder Aufrechnung.** Der in Anspruch genommene Gesellschafter darf nicht kraft eigenen Rechtes ein Recht der Gesellschaft auf Anfechtung (z. B. wegen Irrtum, Täuschung, Drohung; BGB. §§ 119ff.) oder Aufrechnung (RG. **59** 210) ausüben, denn hierin läge eine ihm sonst nicht zustehende (BGB. § 719 Abs. 1, D. 90) eigenmächtige Verfügung über Bestandteile des Vermögens der Gesellschaft. Er ist daher in diesen Fällen auf eine aufschiebende Einrede beschränkt (§ 129 Abs. 2, 3) in derselben Weise, wie eine solche dem in Anspruch genommenen Bürgen nach BGB. § 770 zusteht (D. 95), im Fall der Aufrechnung also „solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann." Der § 129 Abs. 2 ist nicht auch anwendbar, wenn der Verwalter im Konkurs der Gesellschaft das der Verbindlichkeit zu grund liegende Rechtsgeschäft gemäß KO. §§ 29ff. anfechten kann, denn bei Ausübung des konkursrechtlichen Anfechtungsrechts ist der Verwalter nicht Vertreter der Gesellschaft, sondern ihrer Gläubiger. — Soweit die Gesellschaftsforderung dem Gesellschafter überwiesen ist, z. B. nach Auflösung der Gesellschaft bei Auseinandersetzung, kann er damit aufrechnen (D. 91). Eine Abtretung der Gesellschaftsforderung an den Gesellschafter liegt aber nicht immer bereits in der seitens der Mitgesellschafter erteilten Ermächtigung, die Gesellschaftsforderung zur Aufrechnung gegenüber dem Dritten zu benutzen (RG. **10** 48). — Inwieweit der einzelne Gesellschafter namens der Gesellschaft die Anfechtung oder Aufrechnung erklären kann, hängt von dem Bestehen seiner Vertretungsmacht (§§ 125, 150, ROH. 9 429) und davon ab, ob er hierbei den Umfang seiner Vertretungsmacht, insbesondere soweit das Verbot von Rechtsgeschäften mit sich selbst in Betracht kommt (§ 126 Anm. I e), einhält. Nach den gleichen Grundsätzen ist zu entscheiden, ob der Gesellschafter mit seinem Privatgläubiger namens der Gesellschaft einen Vertrag dahin schließen darf, daß die Gesellschaftsforderung gegen die Privatschuld verrechnet sein solle. Dies ist nach jetzigem Recht in der Regel unzulässig (nach früherem Recht ebenso Str. **98** 237, dagegen ROH. **9** 429). — Über den umgekehrten Fall der Inanspruchnahme eines Gesellschaftsschuldners seitens der Gesellschaft und das Nichtbestehen einer Befugnis desselben zur Aufrechnung mit einer Forderung an einen Gesellschafter, vgl. § 105 Anm. I g 4.

d. **Einwendungen aus einem bestehenden Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen.** Über den Gesellschaftskonkurs vgl. § 124 Anm. II d. Die Eröffnung des Konkurses über

das Gesellschaftsvermögen ändert (abweichend von der seitens der herrschenden Meinung vertretenen Auslegung des früheren Rechts, D. 96, RG. 13 II 02 JW. 186[26]) an sich nichts an der bestehenden Gesamthaftung der Gesellschafter. Erst wenn auch über das Privatvermögen eines Gesellschafters Konkurs eröffnet wird, verwandelt sich die bis dahin in gleicher Reihe stehende (prinzipale) Haftung des betreffenden Gesellschafters (§ 128) in eine nur ergänzend (subsidiär) eintretende (D. 95, 96). Die während des Gesellschaftskonkurses in Anspruch genommene Privatkonkursmasse des Gesellschafters kann einwenden, daß der Gesellschaftsgläubiger in dem Konkurs über das Privatvermögen des Gesellschafters nur in Höhe seines Ausfalls im Gesellschaftskonkurs („Ausfall" im Sinn der KO.: D. 96) Befriedigung verlangen könne (KO. § 212; abgedruckt § 124 Anm. II d); der Gesellschaftsgläubiger hat jedoch das Recht, seine Forderung zum Privatkonkurs voll geltend zu machen, soweit er auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen verzichtet (KO. § 212 Abs. 3, § 64, RG. 41 28), und zwar gleichzeitig in allen Privatkonkursen der Gesellschafter zum vollen Betrag (KO. § 68). Meldet der Dritte seine Forderung gleichzeitig im Gesellschaftskonkurs und im Gesellschafterkonkurs an, und erklärt er in letzterem, daß er in Höhe seiner Schuld an den Gesellschafter aufrechne, so ist die Aufrechnungserklärung gültig, aber aufschiebend bedingt durch das Feststehen des Ausfalls im Gesellschaftskonkurs, und sie wirkt dann nur als Aufrechnung gegenüber dieser Ausfallsforderung (RG. 56 365). — Nach RG. 13 II 02 JW. 186[26] ist nicht die Zeit der Konkurseröffnung, sondern die Zeit der Entstehung des betreffenden Schuldverhältnisses maßgebend dafür, ob altes oder neues Recht zur Anwendung kommt.

III. **Zwangsvollstreckung.** Die Vollstreckung gegen den einzelnen Gesellschafter wegen einer Gesellschaftsschuld darf nicht schon beginnen, wenn nur ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel vorliegt (§ 129 Abs. 4; ebenso schon nach früherem Recht ROH. 6 419, 20 182, 21 130, RG. 36 395). Denn, wenn auch der Gesellschafter die Schuld als zur Zeit des Urteils bestehende Gesellschaftsschuld anerkennen muß (oben Anm. II b), so kann er möglicherweise, wenn er demnächst persönlich in Anspruch genommen wird, noch andere Einwendungen machen. Da ein auf den Namen der Gesellschafter eingetragenes Grundstück nicht Eigentum der Gesellschaft ist (§ 124 Anm. II b), so ist Vollstreckung in ein solches Grundstück auf Grund eines nur gegen die Gesellschaft lautenden Schuldtitels unzulässig (vgl. ObLG. München 30 XII 03 OLGRspr. 10 240). Der Anspruch gegen einen Gesellschafter aus einer Gesellschaftsschuld ist nicht bereits rechtshängig, wenn wegen dieses Anspruchs die Klage gegen die Gesellschaft erhoben ist (ebenso OLG. Hamburg 27 X 00 OLGRspr. 2 6, Staub Anm. 5; dagegen RG. 3 58, 49 343, Goldmann Nr. 7). Denn die Rechtshängigkeit reicht nicht weiter als die in dem betreffenden Verfahren möglicherweise zu erzielende Rechtskraft; ein Urteil aber, das in dem gegen die Gesellschaft angestellten Rechtsstreit ergeht, wird nicht gegenüber dem Gesellschafter rechtskräftig, stellt vielmehr nur bestimmte Tatsachen endgültig auch gegenüber dem Gesellschafter fest, nämlich das Bestehen oder Nichtbestehen einer Gesellschaftsschuld, was für den Rechtsstreit gegen den Gesellschafter nur die Bedeutung einer vorauszuentscheidenden Tatsache hat. Die entgegengesetzte Ansicht würde dazu führen, daß die Klagen gegen Gesellschaft und Gesellschafter zwar gleichzeitig, nicht aber letztere nach ersterer angestellt werden können, so daß in den gewöhnlichen Fällen der Anstellung einer Klage gegen Gesellschaft und Gesellschafter die zufällig von dem Gerichtsvollzieher oder Postboten gewählte Reihenfolge der Zustellungen darüber entscheiden würde, ob gegenüber den Gesellschaftern das Verfahren durchgeführt werden kann. — Über Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen vgl. § 124 Anm. II c 6.

§ 130.

Haftung neu eintretender Gesellschafter.

Wer in eine bestehende Gesellschaft eintritt, haftet gleich den anderen Gesellschaftern nach Maßgabe der §§ 128, 129 für die vor seinem Eintritte begründeten

Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine Aenderung erleidet oder nicht.

Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

ADH. Art. 113. **Entw. I** § 118. **Entw. II** § 128.

I. **Eintritt in eine bestehende Gesellschaft.**

a. **Gesellschaft.** Der § 130 setzt voraus, daß eine Gesellschaft (d. h. eine offene Handelsgesellschaft, ROH. 6 15; entsprechend anwendbar auf eine Kommanditgesellschaft, § 161 Anm. II b 18) bereits besteht und ein neuer (persönlich haftender) Gesellschafter in diese Gesellschaft eintritt. Abweichend geregelt ist in § 28 der Fall, daß jemand als Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns tritt. Der § 28, nicht § 130, ist als anwendbar zu erachten, wenn aus einer bisherigen Gesellschaft alle Gesellschafter bis auf einen austreten und gleichzeitig neue Personen als Gesellschafter hinzutreten; in solchem Fall findet kein Eintritt „in eine Gesellschaft" statt. Dagegen Bolze 9 Nr. 478, Staub Anm. 4, Lehmann Nr. 1, Goldmann Nr. 4 und für den Fall, daß die Absicht der Beteiligten auf die Fortsetzung gerichtet ist, auch RG. 13 V 02 HoldheimsMSchr. 203, KG. in KGJ. 11 17; zweifelnd RG. 18 IX 99 JW. 675[13]. Ob die Absicht der Beteiligten auf Fortsetzung gerichtet ist, ist indessen unerheblich, falls man annimmt, daß öffentliches Recht entgegensteht. Ist nicht einmal diese Absicht der Fortsetzung vorhanden, so ist § 130 jedenfalls unanwendbar (RG. 18 IX 99 JW. 675[13]); auch sonst ist mindestens zulässig, im Einzelfall aus den Umständen auf die Unanwendbarkeit des § 130 zu schließen (RG. 15 X 01 JW. 845[28]). Das ROH. 1 66 und 14 151 will verschieden entscheiden, je nachdem der neue Gesellschafter nur zu dem verbleibenden Gesellschafter oder zu der früheren Gesellschaft im Vertragsverhältnis steht. Da aber hier das Verhältnis zu Dritten in Frage kommt, die über jenes innere Verhältnis nichts erfahren können, so erscheint es richtiger, an dem äußeren Merkmal festzuhalten, daß bei Eintritt noch eine „Gesellschaft" bestehen muß. Man kann auch nicht sagen, es genüge die Fortführung des bisherigen Geschäfts einer Gesellschaft durch eine neue Gesellschaft (vgl. P. 281), denn wenn dies hätte bestimmt werden sollen, hätte es nahe gelegen, die Fassung des § 130 in dieser Beziehung derjenigen des § 28 nachzubilden. — Ob bei Umwandelung einer Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft § 28 oder § 130 anwendbar ist, oder ob die Errichtung einer völlig neuen Gesellschaft anzunehmen ist, weil im Einzelfall weder eine vorübergehende Fortführung des Geschäfts durch einen Einzelkaufmann, noch eine Fortsetzung der Gesellschaft stattgefunden hat, ist nach der im Einzelfall gewählten Form der Umwandelung zu entscheiden (vgl. § 131 Anm. I i; abweichend Goldmann Nr. 6).

b. **Bestehende** Gesellschaft. Der § 130 betrifft nur das Rechtsverhältnis zu Dritten. Unter „bestehender" Gesellschaft ist daher hier nicht eine nur im Verhältnis nach innen bestehende (§ 105), sondern eine gegenüber Dritten rechtswirksam gewordene (§ 123) anzusehen (ROH. 17 355). Ist aber die Gesellschaft erst wirksam gegenüber Dritten geworden, so ist § 130 anwendbar, selbst bevor der neue Gesellschafter im Handelsregister eingetragen ist (ROH. 17 355; vgl. § 123 Anm. II c). Nicht ist daher erforderlich, daß auch nach dem Zutritt des neuen Gesellschafters die Gesellschaft in einer der im § 123 gedachten Weisen nach außen wirksam geworden ist.

c. **Eintritt.** Der Eintritt in eine Gesellschaft setzt den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages seitens des neuen Gesellschafters mit allen übrigen in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern voraus (§ 105 Anm. I f 3); der neue Gesellschaftsvertrag kann aber, z. B. beim Erben, in der Unterwerfung unter einen bereits vom Erblasser für den Fall des Erbfalles geschlossenen Vertrag bestehen. Der Eintritt ist anzumelden (§ 107 Anm. I c). — Über den Eintritt eines Kommanditisten in eine bestehende Gesellschaft §§ 173, 176 Abs. 2. — Den Fall des vollständigen Wechsels in der Person des Geschäftsinhabers behandeln die §§ 25—27.

II. **Firma.** Über das Recht zur Fortführung der Firma bestimmt § 24.

III. **Haftung des neuen Gesellschafters für frühere Gesellschaftsverbindlichkeiten.**

a. **Der neue Gesellschafter** haftet. Der § 28 bestimmt für den dort behandelten Fall unmittelbar nur über eine eintretende Haftung der Gesellschaft, und nur mittelbar folgt aus § 128 auch die Gesamthaftung des neueintretenden Gesellschafters (§ 28 Anm. II). Im Fall des § 130 ist eine Gesellschaftsverbindlichkeit schon vorhanden; sie bleibt unberührt durch den Eintritt des neuen Gesellschafters; der § 130 bestimmt daher nur über die eintretende Haftung des neuen Gesellschafters. Diese soll die gleiche sein wie diejenige der anderen Gesellschafter (§ 129 Anm. I a), eine Gesamthaftung der in §§ 128, 129 näher bestimmten Art. Die §§ 128, 129 bestimmen nur über die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern; über die im inneren Verhältnis des Neueintretenden zu den bisherigen Gesellschaftern bestehende Verpflichtung zur Tilgung der bisherigen Gesellschaftsverbindlichkeiten bestimmt § 130 nichts. Hierüber entscheidet das im Einzelfall bestehende Vertragsverhältnis.

b. **Verbindlichkeiten der Gesellschaft.** Der § 28 bestimmt eine Haftung „für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten“ des früheren Geschäftsinhabers. Der § 130 enthält keine gleiche Beschränkung (vgl. § 128 Anm. III a). Der neue Gesellschafter haftet auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten.

c. **Entgegenstehende Vereinbarung.** Der § 28 legt einer gehörig bekannt gemachten abweichenden Vereinbarung Wirkung auch gegen Dritte bei. Der § 130 dagegen erklärt ausdrücklich für den von ihm geregelten Fall eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarung für unwirksam gegenüber Dritten (vgl. § 128 Anm. IV).

d. **Forderungen der Gesellschaft.** Der § 28 bestimmt den Übergang der Geschäftsforderungen auf die Gesellschaft. Im Fall des § 130 stehen die Forderungen bereits der Gesellschaft zu; ein Übergang kann daher nicht stattfinden. Inwieweit der neue Gesellschafter sich gegenüber Dritten auf jene Gesellschaftsforderungen berufen kann, ist in beiden Fällen gemäß § 129 Abs. 3 zu entscheiden.

Vierter Titel.

Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

I. Auflösung der Gesellschaft (§§ 131—137).

§ 131.

Auflösungsgründe.

Die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst:

1. durch den Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist;
2. durch Beschluß der Gesellschafter;
3. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft;
4. durch den Tod eines Gesellschafters, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt;
5. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters
6. durch Kündigung und durch gerichtliche Entscheidung.

ADH. Art. 123 Abs. 1. **Entw. I** § 119. **Entw. II** § 129.

I. Auflösungsgründe. II. Auflösung. III. Fortbestehen der Gesellschaft.

I. **Auflösungsgründe.**

a. **Zeitablauf.** Nicht ausdrücklich erwähnt im BGB. bei den Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag (D. 97), indessen aus der allgemeinen Bestimmung der §§ 163, 158 BGB. zu entnehmen, und im § 723 BGB. vorausgesetzt. Eine nach Zeitablauf stillschweigend fortgesetzte

Gesellschaft steht bezüglich des Rechts zur Kündigung und des Anspruchs auf gerichtliche Auflösung einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft gleich (HGB. § 134). Die Zeit kann sowohl durch Bezugnahme auf den Kalender wie durch Hinweis auf ein anderweites Ereignis bestimmt werden (P. 1007). Wird der Eintritt des Ereignisses vereitelt oder beeinträchtigt, so sind §§ 163, 160, 161 BGB. maßgebend.

b. **Beschluß der Gesellschafter.** Nicht erwähnt im BGB. bei den Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag (D. 97); ein solcher Beschluß enthält einen Vertrag auf Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses (BGB. § 305). Deshalb ist an sich Einstimmigkeit zu fordern (vgl. § 119 Anm. I). Indessen wird aus der Fassung des § 131 Nr. 2 zu schließen sein, daß im Zweifel der Gesellschaftsvertrag dahin ausgelegt werden soll, daß die gemäß demselben zu sonstigen Beschlußfassungen ermächtigten Gesellschafter auch zu Auflösungsbeschlüssen ermächtigt sein sollen. Wird der Gesellschaftsvertrag so ausgelegt, so enthält der Auflösungsbeschluß keine Änderung des Gesellschaftsvertrages, und demgemäß ist dann HGB. § 119 maßgebend für die Erfordernisse der Beschlußfassung, unter Umständen daher ein Mehrheitsbeschluß genügend. Über den Fall der Umwandelung vgl. unten Anm. Ii.

c. **Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen.** Nicht erwähnt im BGB., da über das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft des BGB. kein selbständiger Konkurs eröffnet werden kann. Über den Gesellschaftskonkurs der offenen Handelsgesellschaft vgl. § 124 Anm. IId. Über die Zulässigkeit einer Fortsetzung der Gesellschaft nach Aufhebung oder Einstellung des Konkursverfahrens bestimmt § 144.

d. **Tod eines Gesellschafters.** Der Tod eines Gesellschafters bewirkt die Auflösung der Gesellschaft nur sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrag sich ein Anderes ergibt. Ebenso BGB. § 727 Abs. 1. Über die Pflicht der Erben und der übrigen Gesellschafter zu einstweiliger Fürsorge bestimmt HGB. § 137 Abs. 1. Der Fall, daß nach dem Gesellschaftsvertrag die Auflösung nicht eintreten soll, ist geordnet in den §§ 138, 139. Über den Fall eines nur tatsächlichen Fortbetriebs des Handelsgewerbes für die Gemeinschaft der Miterben oder für eine fortgesetzte Gütergemeinschaft vgl. § 105 Anm. Id 2. — Die eintretende rechtliche Unfähigkeit eines Gesellschafters zur selbständigen Vermögensverwaltung (namentlich infolge Entmündigung) bewirkte nach dem früheren Art. 123 Nr. 3 ADH. die Auflösung der Gesellschaft. Eine entsprechende Bestimmung ist in das HGB. nicht aufgenommen. Die Unfähigkeit zur selbständigen Vermögensverwaltung bildet daher fortan nicht mehr einen besonderen Auflösungsgrund, vielmehr nur einen wichtigen Grund zur Auflösung durch gerichtliche Entscheidung gemäß § 133 (D. 97).

e. **Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters.** Ebenso BGB. § 728. Über die Pflicht der übrigen Gesellschafter zu einstweiliger Fürsorge bestimmt HGB. § 137 Abs. 2. Über das Recht der übrigen Gesellschafter auf Fortsetzung der Gesellschaft oder des allein übrigen Gesellschafters auf Übernahme des Geschäfts vgl. §§ 138, 141 Abs. 2, 142 Abs. 2. Ist vereinbart, daß die Gesellschaft zu einem künftigen Zeitpunkt beginnen soll, und wird vorher Konkurs über das Vermögen eines der künftigen Gesellschafter eröffnet, so hindert dies den Eintritt jenes Gesellschafters in die Gesellschaft; die Gesellschaft kommt dann nicht zu stande (RG. 39 169), es sei denn, daß entsprechend dem § 138 die übrigen Gesellschafter nur unter sich die Gesellschaft begründen. Über das Recht aller Gesellschafter, nach Aufhebung des Konkurses infolge Zwangsvergleichs oder nach Einstellung auf Antrag des Gemeinschuldners, die Fortsetzung der Gesellschaft zu beschließen, vgl. § 144. Über die Veränderung in der gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bestehenden Haftung des Gesellschafters durch Konkurseröffnung über dessen Vermögen, wenn auch über das Gesellschaftsvermögen Konkurs eröffnet ist, vgl. § 129 Anm. IId. Über die Auseinandersetzung zwischen der Konkursmasse des Gesellschafters und den übrigen Gesellschaftern bestimmt die Konkursordnung:

§ 16 Abs. 1. „Befindet sich der Gemeinschuldner mit Dritten in einem Miteigentume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft, so erfolgt die Teilung oder sonstige Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens."

§ 51. „Wer sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigentume, in einer Gesellschaft

oder in einer anderen Gemeinschaft befindet, kann wegen der auf ein solches Verhältnis sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Teilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Anteile des Gemeinschuldners verlangen."

Nicht (mindestens nicht unmittelbar) anwendbar ist:

KO. § 28. „Wird eine nach § 705 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingegangene Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so ist der geschäftsführende Gesellschafter in Ansehung der Ansprüche, welche ihm aus der einstweiligen Fortführung der Geschäfte nach § 728 Satz 2 BGB. zustehen, Massegläubiger, in Ansehung der ihm nach § 729 BGB. zustehenden Ansprüche, unbeschadet der Bestimmung des § 51, Konkursgläubiger."

Die Nichtanwendbarkeit des § 28 KO. auf die offene Handelsgesellschaft ergibt sich aus der Beschränkung auf „eine nach § 705 BGB. eingegangene Gesellschaft" (über die gleiche Redewendung in §§ 736 und 859 CPO. vgl. § 124 Anm. IIc 6 bzw. § 105 Anm. Ig 1) und aus der Erwähnung nur der §§ 728, 729 BGB., trotzdem die §§ 136, 137 HGB. entsprechende Bestimmungen enthalten. Hiernach wird wohl als gewollt anzusehen sein, daß auch eine entsprechende Anwendung auf diejenigen Ansprüche ausgeschlossen sein soll, welche die offene Handelsgesellschaft gegen die in Konkurs befindlichen Gesellschafter durch die einstweilige Fortführung der Geschäfte seitens ihres geschäftsführenden Gesellschafters erwirbt (anscheinend dagegen Staub § 137 Anm. 3, Lehmann § 137 Nr. 4, Goldmann § 137 Nr. 14). Dagegen wird eine entsprechende Anwendung zuzulassen sein, insoweit man überhaupt (§ 128 Anm. IIa 3) annimmt, daß bei der offenen Handelsgesellschaft der geschäftsführende Gesellschafter Ansprüche aus der Geschäftsführung unmittelbar gegen seinen Mitgesellschafter geltend machen kann.

Über die Folge des Eintritts der rechtlichen Unfähigkeit eines Gesellschafters zur selbständigen Vermögensverwaltung vgl. oben Anm. Id.

f. **Kündigung.** Vgl. § 132. Über Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters §§ 135, 141, 142 Abs. 2. Die Kündigung eines vom Kündigenden für verbindlich angesehenen Vertrags ist zu unterscheiden (ROH. **10** 434) von der Erklärung (Bolze **5** Nr. 738), daß der Erklärende den Vertrag nicht für verbindlich erachte.

g. **Gerichtliche Entscheidung aus wichtigem Grund.** Vgl. § 133. Einen solchen wichtigen Grund können insbesondere bilden der Eintritt der Unfähigkeit eines Gesellschafters zur selbständigen Vermögensverwaltung (oben Anm. Id) und ferner die Erreichung des Gesellschaftszwecks oder die Unmöglichkeit hierzu (§ 133 Anm. Id).

h. **Verminderung der Zahl der Gesellschafter bis auf einen.** Diese Verminderung kann auf jedem der zu a, b, d, g genannten Gründe beruhen. Während aber in jenen Fällen eine Auflösung zwar eintreten kann, aber nicht eintreten muß, da unter bestimmten Umständen an die Stelle der Auflösung die Fortsetzung der Gesellschaft treten kann, so tritt bei Verminderung der Gesellschafterzahl bis auf einen die Auflösung stets ein (P. 249, 1009—1011, KGJ. **4** 39, **11** 36, ROH. **11** 160, RG. **7** 121, **26** 258), weil eine Gesellschaft mit einem Gesellschafter nach der Begriffsbestimmung der Gesellschaft (BGB. § 705) unmöglich ist. Daß eine Auflösung in diesem Fall stets eintreten muß, ist vorausgesetzt in § 142. Hierin ändert sich nichts, wenn demnächst wieder eine Gesellschaft an die Stelle des allein zurückgebliebenen Einzelkaufmanns tritt und das Geschäft der früheren Gesellschaft übernimmt. Zweifelhaft ist (§ 130 Anm. Ia), ob eine Auflösung oder eine Fortsetzung anzunehmen ist, wenn aus einer bisherigen Gesellschaft alle Gesellschafter bis auf einen austreten und gleichzeitig neue Personen als Gesellschafter hinzutreten. Für bestimmte Fälle des Ausscheidens ist in § 142 verordnet, daß der einzige übrige Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gericht für berechtigt erklärt werden könne bzw. berechtigt sei, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

i. **Umwandlung in andere Gesellschaftsform.**

Ebenso wie die Umwandlung aus der Form eines Gesellschaftsbetriebes in die Form eines Einzelkaufmannsbetriebes (Anm. Ih) eine Auflösung der Gesellschaft enthält, kann auch die Umwandlung aus der Form einer offenen Handelsgesellschaft in eine andere Gesellschaftsform eine Auflösung der offenen Handelsgesellschaft herbeiführen. Jedoch nur in gewissen Fällen tritt infolge von Umwandlung eine Auflösung ein; in anderen nicht.

Daß Auflösung erfolge, ist z. B. angenommen worden für den Fall der Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (KGJ. 15 39; vgl. D. 103), bei Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Gewerkschaft (KGJ. 13 220) oder Aktiengesellschaft (RG. 15 VI 00 JW. 566 [7]) und (nach früherem Recht) bei Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft durch unter Lebenden erfolgte Beschränkung der Haftung eines bisher persönlich haftenden Gesellschafters auf einen Kommanditanteil (RG. 32 47; dagegen nach jetzigem Recht vgl. unten).

Daß keine Auflösung erfolge, sondern die bisherige Gesellschaft, wenn auch in veränderter Form, fortbestehe, ist vorausgesetzt bei Umwandlung einer Genossenschaftsform in eine andere Genossenschaftsform (GenG. § 143), es ist ausdrücklich bestimmt für die Umwandlung einer KAG. in eine AG. (HGB. § 333 Abs. 3) und für die Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft durch Neueintritt eines Kommanditisten (§§ 173, 176 Abs. 2, 162 Abs. 3) und durch das Verbleiben des Erben eines persönlich haftenden Handelsgesellschafters in der Stellung als Kommanditist (§ 139 Abs. 1, 4). Über Umwandlung in eine AG. oder aus einer AG. vgl. ferner § 292 Anm. I e 2.

Aus dieser Zusammenstellung (vgl. auch Lehmann, Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungen, in ZHR. 50 1 ff.) ergibt sich, daß im Gesetz kein allgemein anwendbarer Grundsatz darüber angenommen ist, ob die Umwandlung eine Auflösung enthalte. Soweit das Gesetz für den einzelnen Fall bestimmte Vorschriften enthält, sind diese maßgebend. Für diejenigen Fälle, über die das Gesetz nicht bestimmt, wird anzunehmen sein, daß eine Umwandlung keine Auflösung enthält, wenn wesentliche Teile der bisherigen Gesellschaftsform auch in die neue Gesellschaftsform übernommen werden, so z. B. bei Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft in der Weise, daß mindestens einer der bisherigen persönlich haftenden Gesellschafter in der Eigenschaft als persönlich haftender Gesellschafter in der Kommanditgesellschaft verbleibt (ebenso D. 112, RG. 55 128, KG. 18 V 03 KGJ. 27 B 38, 6 VII 03 KGJ. 26 A 221; dagegen Goldmann § 173 Nr. 2 und nach früherem Recht RG. 32 47). Ebenso bei Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft durch Ausscheiden der Kommanditisten (vgl. § 162 Abs. 3), z. B. durch Aufnahme des bisherigen einzigen Kommanditisten als persönlich haftenden Gesellschafters RG. 55 128). Umwandlung unter Auflösung liegt im Zweifel vor, wenn ausdrücklich vereinbart ist, daß das Gesellschaftsvermögen der bisherigen offenen Handelsgesellschaft auf eine neu zu bildende Kommanditgesellschaft übertragen werden soll (vgl. RG. 15 VI 00 JW. 566 [7]).

II. **Auflösung** der Gesellschaft. Mit der Auflösung beginnt die fünfjährige Verjährungsfrist für Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 159). An die Auflösung knüpft sich die Liquidation (§§ 145 ff.), das Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen (§ 124 Anm. II d) oder die sonst vereinbarte Art der Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern (§§ 145, 158). Für alle Fälle der Auflösung bestimmt BGB. § 730 Abs. 2 Satz 1:

> „Für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert."

Die Firma erlischt durch die Auflösung noch nicht (§§ 148 Abs. 3, 157 Abs. 1; § 30 Anm. II a). Auch während der Liquidation finden in wesentlichen Beziehungen die für eine bestehende Gesellschaft geltenden Regeln Anwendung (§ 156). Ebenso im Verhältnis zu Dritten bei Auseinandersetzung ohne Liquidation, solange ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden (§ 158). Die Gesellschaft gilt als fortbestehend, insoweit vorläufige Fürsorge bei Tod oder Konkurs eines Gesellschafters eintritt (§ 137). Ist die Auflösung anders als durch Kündigung erfolgt, so gilt die Befugnis eines Gesellschafters zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntnis erlangt oder die Auflösung kennen muß (§ 136). Da die Auflösung eintragungspflichtig ist (§§ 143, 32), so kann sie — soweit nicht im Fall des Gesellschaftskonkurses die Vorschriften der Konkursordnung eingreifen (§ 32 Satz 4) — Dritten nur gemäß § 15 entgegengesetzt werden (vgl. ROH. 19 21). An den erworbenen Rechten Dritter wird durch die Auflösung allein nichts geändert (P. 4543). Die Auflösung hat mithin nicht

die Bedeutung einer alsbaldigen Beendigung aller mit der Gesellschaft zusammenhängenden Beziehungen (ebenso für AG. § 292 Anm. II), bewirkt vielmehr nur das Aufhören der „produktiven Seite" (d. h. des auf einen anderen als den durch Abwicklung zu erzielenden Gewinn gerichteten Willens, § 1 Anm. IIc) der Gesellschaft und das Erlöschen der Vertretungsmacht der bisherigen Gesellschafter, während im übrigen die Gesellschaft bis zur Verteilung ihres Vermögens nach Tilgung der Schulden erhalten bleibt; dies gilt entsprechend selbst für den Fall der Auflösung durch Konkurs über das Gesellschaftsvermögen (P. 4543, RG. **16** 3, 27 132, **34** 362, RGSt. 27 12); ebenso auch für den Fall der Auflösung durch Tod eines Gesellschafters (RG. 27 95). Durch die Auflösung erlischt nicht schon die Mitgliedschaft der offenen Handelsgesellschaft in einer Genossenschaft (KGJ. **16** 55; vgl. § 177 Anm. IV). Insbesondere dauert trotz Auflösung die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens fort. Die Gegenstände, die Eigentum der Gesellschaft waren, und die Forderungen, die Teil des Gesellschaftsvermögens waren, gehen auf die einzelnen Gesellschafter nur durch besondere Übertragungshandlung über, wobei die hierfür etwa vorgeschriebenen Formen zu beachten sind (D. 81). In dieser Beziehung gilt Entsprechendes wie bei Einlegung von Gesellschaftersachen und Gesellschafterforderungen in die Gesellschaft (§ 105 Anm. Ih 4). Über die Notwendigkeit der Auflassung eines auf die Firma der Gesellschaft eingetragenen Grundstücks nach deren Auflösung vgl. § 124 Anm. IIb 3. — Von der „Auflösung" ist mithin zu unterscheiden das Rechtsverhältnis, das man mit „Aufhören" oder „Vollbeendigung der Gesellschaft" bezeichnen kann, und das erst nach Beendigung (§ 156 Anm. IV) oder bei Wegfall der Liquidation eintritt (RG. 20 III 00 JW. 413⁹).

III. **Fortbestehen** (= Fortsetzung) der Gesellschaft.

a. **Begriff.** Nach dem Sprachgebrauch des HGB. ist zu unterscheiden zwischen einerseits Auflösung der Gesellschaft mit Übernahme des Geschäfts durch einen oder einige der bisherigen Inhaber und andererseits Fortbestehen der (d. h. der gleichen) Gesellschaft trotz Wechsels der Inhaber. Dagegen ist „Fortbestehen" und „Fortsetzung" als gleichbedeutend gebraucht.

b. **Die einzelnen Fälle.** Das HGB. erweitert gegenüber dem früheren Recht die Fälle, in denen ein Fortbestehen der Gesellschaft angenommen wird. Die Gesellschaft besteht fort bei Eintritt einzelner Gesellschafter in eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft (§§ 130, 173, 176; über das Erfordernis eines neuen Gesellschaftsvertrags vgl. § 130 Anm. Ic). Trotz Ausscheidens von Gesellschaftern besteht die Gesellschaft fort in den Fällen der §§ 138—141, so lange nicht die Zahl der Gesellschafter auf einen sinkt (oben Anm. Ih). Auch eine bereits aufgelöste Gesellschaft kann fortgesetzt werden (D. 102; für die AG. vgl. § 307). So bei stillschweigender Fortsetzung nach Zeitablauf (§ 134), bei Verlängerung durch Beschluß der Gesellschafter (so lange nicht Auflösung durch Umwandlung vorliegt, Anm. Ii), bei Rückgängigmachung eines noch nicht durch vollendete Auseinandersetzung durchgeführten Abkommens, inhalts dessen einer der Gesellschafter als Einzelkaufmann das Geschäft fortführen soll (KG. 17 XI 02 EntschFG. **3** 185 KGJ. **25** A 79 OLGRspr. **6** 352), bei Rückgängigmachung der durch den Tod eines Gesellschafters erfolgten Auflösung, selbst wenn hiermit die Umwandlung in eine KG. und die Aufnahme eines neuen Gesellschafters verbunden ist (KG. 6 VII 03 KGJ. **26** A 222), ferner auch wenn nach Auflösung der Gesellschaft durch Konkurs und Aufhebung des Konkurses infolge Zwangsvergleichs oder Einstellung auf Antrag des Gemeinschuldners die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen wird (§ 144). Nur durch Beschluß aller bei der Auflösung vorhandenen Gesellschafter kann eine aufgelöste Gesellschaft fortgesetzt werden (D. 102) oder — was dem gleichsteht — durch Vertrag der Erben eines verstorbenen Gesellschafters mit den übrigen Gesellschaftern (Bolze **11** Nr. 264, Cosack HR. § 110 I 1a, KG. 6 VII 03 KGJ. **26** A 223; dagegen KG. 18 XI 01 EntschFG. **3** 23 KGJ. **23** A 93 OLGRspr. 4 452). Nicht — abgesehen von den ausdrücklich in §§ 138, 140, 141 geregelten Ausnahmefällen — durch Beschluß nur einiger der früheren Gesellschafter. Fassen einige der früheren Gesellschafter einen unzulässigen Beschluß dieses Inhalts, so kann dies unter Umständen als Errichtung einer neuen Gesellschaft ausgelegt und so aufrecht erhalten werden (ROH. **6** 113). Nach begonnener Liquidation kann nur gemäß Beschluß aller Beteiligten (§ 146 Anm. IIIb) die Fortsetzung der Gesellschaft erfolgen

(§ 145 Abs. 2). — Über die Fälle, in denen die Gesellschaft zwar nicht fortbesteht, aber in verschiedenem Umfang als fortbestehend gilt, vgl. oben Anm. II.

c. **Wirkung.** Wird eine Gesellschaft ohne Auflösung fortgesetzt, so entfällt damit die Notwendigkeit einer besonderen Übertragung der Bestandteile des Gesellschaftsvermögens auf die fortgesetzte Gesellschaft (D. 112), z. B. einer Auflassung des für die Firma eingetragenen Grundstücks (KG. 6 VII 03 KGJ. 26 A 220). Die früheren Gesellschaftsgläubiger können sich aus dem Gesellschaftsvermögen der fortgesetzten Gesellschaft befriedigen (D. 112). Es beginnt keine Verjährung gemäß § 159 zu gunsten der in der fortgesetzten Gesellschaft verbliebenen Gesellschafter. Die fortgesetzte Gesellschaft kann die alte Firma beibehalten.

§ 132.

Kündigungsfrist.

Die Kündigung eines Gesellschafters kann, wenn die Gesellschaft für unbestimmte Zeit eingegangen ist, nur für den Schluß eines Geschäftsjahrs erfolgen; sie muß mindestens sechs Monate vor diesem Zeitpunkte stattfinden.

ADH. Art. 124. **Entw. I** § 120. **Entw. II** § 130.

I. **Unbestimmte Zeit.** Vgl. § 66 Anm. Ia. Diesem Fall steht gleich der Fall einer auf Lebenszeit geschlossenen oder nach Zeitablauf stillschweigend fortgesetzten Gesellschaft (§ 134). Eine auf bestimmte Zeit geschlossene offene Handelsgesellschaft wird durch Zeitablauf ohne Kündigung aufgelöst (§ 131 Anm. Ia), kann jedoch fortgesetzt werden (§ 134).

II. **Kündigung.** Vgl. § 66 Anm. III. Die Kündigung muß den anderen Gesellschaftern erklärt werden; eine an die Gesellschaft gerichtete Kündigung ist nur dann genügend, wenn sie noch rechtzeitig zur Kenntnis sämtlicher Gesellschafter gelangt (RG. 21 95, BGB. § 130). Nicht genügend ist die Erklärung der Kündigung nur gegenüber den geschäftsführenden Gesellschaftern (OLG. Kiel 12 IV 04 OLGRspr. 9 11).

III. **Frist für Kündigung.** Vgl. § 66 Anm. II. Für die Berechnung der Frist sind die Auslegungsregeln des BGB. §§ 187 ff. zu beachten. Die rückwärts zu rechnende Frist beginnt mit dem Beginn des Tages, der dem Tag folgt, dessen Ende den Schluß des Geschäftsjahres bildet, also wenn das Geschäftsjahr am 31. März schließt, mit dem Beginn des nächsten 1. April. Mithin endet nach BGB. §§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2, 3 in dem vorgedachten Fall die Frist mit dem Schluß des 30. September. Binnen der Frist muß die Erklärung allen Erklärungsempfängern zugehen (BGB. § 130). Geschäftsjahr vgl. § 120 Anm. Ia. — Das HGB. weicht hier vom BGB. ab. Die auf unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft des BGB. ist jederzeit (nicht nur zum Schluß des Geschäftsjahrs) und ohne Frist (nicht nur mit sechsmonatlicher Frist) kündbar (BGB. § 723 Abs. 1). Der § 723 Abs. 2 BGB. gilt nicht etwa neben den Bestimmungen des HGB., sondern ist durch §§ 133, 134 ersetzt; mithin ist eine Kündigung auch zur Unzeit zulässig (M. 67, ebenso Staub Anm. 8; nicht entgegen steht § 339, da er den § 133 nicht mit anführt).

IV. **Ausschließende oder beschränkende Vereinbarungen.**

a. **Der § 723 Abs. 3 BGB.** bestimmt:

„Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig."

b. **Beschränkung durch Verlängerung der Kündigungsfrist.** Der § 723 Abs. 3 BGB. trifft überhaupt nicht den Fall, daß eine Beschränkung des Kündigungsrechts durch Verlängerung der gesetzlichen Kündigungsfrist erfolgt (dies ergibt sich aus einer Vergleichung mit BGB. § 723 Abs. 1 Satz 3). Eine vertragliche Verlängerung der sechsmonatlichen Kündigungsfrist des § 132 ist daher wirksam, so lange nicht die Grenzen überschritten werden, jenseits deren die Vertragsbestimmung wegen unsittlicher Beschränkung der Willensfreiheit nichtig werden würde (BGB. § 138). Dies entspricht auch der Zulässigkeit von Gesellschaftsverträgen auf bestimmte, beliebig lange Zeit (anders bei Dienstverträgen BGB. § 624).

c. **Sonstige Beschränkung oder Ausschließung** der Kündigung. Soweit die Bestimmung des

§ 723 Abs. 3 BGB. reicht, ist sie anwendbar auf offene Handelsgesellschaften neben der Bestimmung in § 133 Abs. 3 HGB., die nur das Recht auf Auflösung aus wichtigem Grund betrifft. Unmittelbar anwendbar, insoweit sie eine Vereinbarung für nichtig erklärt, durch welche das Kündigungsrecht vollständig ausgeschlossen wird; eine solche Bestimmung ist ohnedies erforderlich zur sinngemäßen Ergänzung der Vorschrift des § 134 über Gesellschaften auf Lebenszeit. Entsprechend anwendbar (das „diesen Vorschriften zuwider" weist zurück auf die Absätze 1 und 2, die auf offene Handelsgesellschaften nicht anwendbar sind), insoweit § 723 Abs. 3 BGB. die weiter als gesetzlich bestimmte Beschränkung des Kündigungsrechts (in anderer Weise als durch Verlängerung der Kündigungsfrist) für nichtig erklärt (zust. Staub Anm. 3; abweichend Lehmann Nr. 1, Goldmann Nr. 7—10). So ist z. B. nichtig die Beschränkung, daß die Zulässigkeit der Kündigung von einem Beschluß der Gesellschafter abhängen solle (RG. 21 94) oder daß durch Kündigung eine Vertragsstrafe (auch wenn sie als „Abfindungssumme" bezeichnet ist) verwirkt werde (RG. 9 X 05 JW. 688[10]). — Über die Wirkung der Nichtigkeit eines einzelnen Vertragsteiles vgl. § 67 Anm. II.

§ 133.

Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund.

Auf Antrag eines Gesellschafters kann die Auflösung der Gesellschaft vor dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft ohne Kündigung durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird.

Eine Vereinbarung, durch welche das Recht des Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig.

ADH. Art. 125. **Entw. I** § 121. **Entw. II** § 131.

I. **Auflösung aus wichtigem Grund.**

a. **Auflösung.** Vgl. § 131 Anm. II. Die vorzeitige Auflösung ist zulässig sowohl bei einer auf bestimmte Zeit wie bei einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft.

b. **Antrag eines Gesellschafters.** Darin, daß nur der Antrag eines Gesellschafters, nicht aller übrigen, verlangt wird, liegt ein Unterschied von den Anträgen auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht (§ 117 Anm. Ib, § 127 Anm. II).

c. **Gerichtliche Entscheidung.** Vgl. § 117 Anm. Id. Auch einstweilige Verfügung ist zulässig (LG. I Berlin 7 VIII 91 KGBl. 115). Hierin liegt eine Abweichung von BGB. § 723, der für die Auflösung der gemeinbürgerlichen Gesellschaft die fristlose Kündigung eines Gesellschafters für genügend erklärt. Die Entscheidung ist nicht erklärend, vielmehr bestimmend (vgl. D. 97; ebenso Staub Anm. 8, Lehmann Nr. 2; dagegen Goldmann Nr. 16, vgl. RG. 31 III 99 JW. 231[24]). Daher auch nicht rückwirkend. Nur bezüglich der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung wird in entsprechender Anwendung des § 140 Abs. 2 anzunehmen sein, daß, wenn rechtskräftiges Auflösungsurteil ergangen, die Auseinandersetzung auf der Grundlage vorzunehmen ist, als hätte bei Eintritt der Rechtshängigkeit der Auflösungsklage die Liquidation begonnen.

d. **Wichtiger Grund.** Vgl. § 70 Anm. I, § 117 Anm. Ie, § 140 Anm. Ib, § 146 Anm. IIIc, § 422 Anm. Ic.

1. Allgemeines. Während in § 117 und § 127 als Beispiele eines wichtigen Grundes für die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht „grobe Pflicht-

verletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung" genannt sind, ist in § 133 Abs. 2 eine andere (dem § 723 BGB. entsprechende) Fassung gewählt. Eine erhebliche sachliche Verschiedenheit ist aus der Fassung nicht zu entnehmen. Im allgemeinen wird aber für die Herbeiführung der Auflösung ein erheblicherer Grund als für die bloße Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht zu erfordern sein. — Wichtige Gründe können nicht nur solche sein, die auf dem Verschulden eines Gesellschafters beruhen oder überhaupt in dessen Person liegen; es ist auch nicht erforderlich, daß eine einzelne Tatsache für sich als durchschlagend hervortritt; verschiedene Umstände können in ihrer Verbindung und vielleicht erst durch diese als wichtiger Grund erscheinen, und es können in dieser Weise namentlich auch in der Person verschiedener Gesellschafter liegende Umstände zusammen in Betracht kommen; ja es ist nicht ausgeschlossen, daß dabei selbst ein in der Person des Antragenden liegender Grund berücksichtigt wird (RG. 24 137). Wenn ein Gesellschafter aus Gründen, die in seiner Person liegen, z. B. aus eigener Krankheit, zu seinen Gunsten und zum Nachteil der Gegenseite die Auflösung herbeiführen will, ist jedoch besonders sorgfältig zu prüfen, ob der Grund ein genügend wichtiger ist (RG. 6 IV 00 JW. 414 [10]). — Ob der Gesellschafter, in dessen Person der Auflösungsgrund entstand, schadenersatzpflichtig ist, muß nach allgemeinen Grundsätzen beurteilt werden (ROH. 17 367; ein Fall beiderseitigen Verschuldens in ROH. 24 310).

2. Beispiele. Die in § 133 Abs. 2 erwähnte Unmöglichkeit der Erfüllung umfaßt (bei Zugrundelegung des Sprachgebrauchs im BGB.) sowohl tatsächliche wie rechtliche Unmöglichkeit. „Neben den in § 133 Abs. 2 genannten Beispielen kommt unter anderem auch der Fall in Betracht, daß einem Gesellschafter die Befugnis zur Geschäftsführung oder zur Vertretung der Gesellschaft wider seinen Willen entzogen wird; eine derartige Maßregel kann dem davon betroffenen Gesellschafter, namentlich wenn denselben kein Verschulden trifft, das Recht geben, die sofortige Auflösung der Gesellschaft zu verlangen" (D. 98). Einen wichtigen Grund wird in der Regel bilden die Erreichung des Gesellschaftszwecks oder die Unmöglichkeit seiner Erreichung (D. 97, KB. 56, P. 235; abweichend § 726 BGB., wonach in beiden Fällen ohne weiteres die Gesellschaft endigt). Ferner kann ein solcher Grund liegen im Eintritt der rechtlichen Unfähigkeit eines Gesellschafters zur selbständigen Vermögensverwaltung (§ 131 Anm. Id). Der Art. 125 hatte als Beispiele für wichtige, die Auflösung rechtfertigende Gründe aufgeführt:

„1. wenn durch äußere Umstände die Erreichung des gesellschaftlichen Zwecks unmöglich wird." — Jetzt anwendbar ohne die Beschränkung auf äußere Umstände.

„2. wenn ein Gesellschafter bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verfährt." — Vgl. jetzt § 133 Abs. 2.

„3. wenn ein Gesellschafter die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen unterläßt." — Jetzt in der Regel (§ 133 Abs. 1) nur, wenn dies vorsätzlich oder grob fahrlässig geschieht (§ 133 Abs. 2).

„4. wenn ein Gesellschafter die Firma oder das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatzwecke mißbraucht." — Vgl. jetzt § 133 Abs. 2.

„5. wenn ein Gesellschafter durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft unfähig wird." — Vgl. jetzt § 133 Abs. 2.

Diese Aufzählung ist als entbehrlich nicht wiederholt (D. 98). Die Weigerung eines Gesellschafters, die versprochene Einlage zu leisten, ist geeignet, einen wichtigen Grund zur Auflösung zu geben (ROH. 10 436; vgl. auch § 111 Anm. VI). Verluste am Einlagekapital rechtfertigen die Auflösung nur, wenn sie erheblich und unvorhergesehen sind, und wenn eine Besserung des Geschäftsganges nicht zu erwarten, mithin die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich geworden ist (vgl. Zentralorgan 63 121). Unter besonderen Umständen kann auch die Anstellung einer ungerechtfertigten Klage seitens eines Gesellschafters gegen die übrigen Gesellschafter den letzteren einen wichtigen Grund zum Antrag auf Auflösung geben (ROH. 20 268). Beleidigende Äußerungen bilden einen wichtigen Auflösungsgrund, wenn sie derart sind, daß dem Beleidigten ein weiteres Zu-

sammenarbeiten mit dem Beleidiger nicht zugemutet werden kann (ROH. **11** 266; vgl. auch § 71 Nr. 4, § 72 Nr. 4). Ebenso bei sonstigen Ehrverletzungen (vgl. ROH. **24** 308). Tätlichkeiten, selbst wenig erhebliche, geben sogar dem Handlungsgehilfen Grund zu fristloser Kündigung (§ 71 Nr. 4); umsomehr einem Gesellschafter Grund zur Auflösung (vgl. ROH. **24** 310). Ein wichtiger Grund kann darin liegen, daß der Gesellschafter in eigenem Namen einen seine Vermögensverhältnisse übersteigenden Differenzhandel betreibt (vgl. RG. **53** 267), oder daß er durch Erhebung des Differenz- oder Börsenterminhandeleinwandes in seinen eigenen Geschäften seine kaufmännische Ehre schädigt und dadurch auch den Ruf der Gesellschaft gefährdet (vgl. RG. **53** 268).

II. **Ausschließende oder beschränkende Vereinbarungen.** Nach § 133 Abs. 3 sind Vereinbarungen, die das Recht auf Auflösung ausschließen oder den Vorschriften des Abs. 1 und 2 zuwider beschränken, nichtig. Diese Vorschrift ersetzt für offene Handelsgesellschaften zum Teil den § 723 Abs. 3 BGB. Eine nach BGB. § 133 Abs. 3 nichtige Beschränkung läge auch in der Vereinbarung, daß ein bestimmter Tatbestand — den der Richter als wichtigen Grund zur Auflösung erachtet — keinen wichtigen Grund zur Auflösung bilden solle (Staub Anm. 21; dagegen Goldmann Nr. 24). Über Vereinbarungen, die den Kündigungsvorschriften des § 132 zuwiderlaufen, vgl. § 132 Anm. IV. Über die Wirkung der Nichtigkeit eines einzelnen Vertragsteiles vgl. § 67 Anm. II.

§ 134.

Lebenslängliche oder nach Zeitablauf fortgesetzte Gesellschaft.

Eine Gesellschaft, die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist oder nach dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird, steht im Sinne der Vorschriften der §§ 132, 133 einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft gleich.

ADH. Art. 123 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2. **Entw. I** § 120. **Entw. II** § 132.

I. **Verhältnis zu § 724 BGB.** Die Vorschrift des HGB. § 134 entspricht derjenigen des BGB. § 724.

II. **Gesellschaft auf Lebenszeit.** Eine auf Lebenszeit eines Gesellschafters abgeschlossene Gesellschaft ist nicht nur von demjenigen, auf dessen Lebenszeit sie abgeschlossen ist, sondern auch von jedem der anderen Gesellschafter kündbar (RG. **20** 166). Ein in der Form einer Gesellschaft auf Lebenszeit abgeschlossener Vertrag kann unter Umständen als Leibrentenvertrag mit einer durch die Höhe des jedesmaligen Geschäftsgewinns beeinflußten Rente aufzufassen sein und untersteht dann nicht den Regeln des Gesellschaftsvertrages, sondern des Leibrentenvertrages (RG. **20** 165, BGB. §§ 759 ff.; vgl. § 105 Anm. Id 1).

III. **Stillschweigend fortgesetzte Gesellschaft.** Fortbestehen vgl. § 131 Anm. III. Der § 134 behandelt nur die auf Zeit eingegangene Gesellschaft (§ 131 Nr. 1). Keine fortgesetzte, sondern eine neue Gesellschaft liegt vor, wenn nach dem Tod eines Gesellschafters die übrigen Gesellschafter in Gesellschaft bleiben und das frühere Geschäft fortsetzen, ohne daß der Gesellschaftsvertrag eine hierauf bezügliche Bestimmung enthielt (ROH. **6** 113).

§ 135.

Kündigung durch Privatgläubiger.

Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters, nachdem innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist, auf Grund eines nicht blos vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Ueberweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, so kann er die Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob sie für bestimmte oder unbestimmte Zeit

eingegangen ist, sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahrs für diesen Zeitpunkt kündigen.

ADH. Art. 126. **Entw. I** § 122. **Entw. II** § 133.

I. **Privatgläubiger eines Gesellschafters** ist auch derjenige Gläubiger, der den Gesellschafter auf Grund dessen Gesamthaftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch nimmt (dagegen Cosack HR. § 109 I 2 g). Vgl. § 145 Abs. 2, § 146 Abs. 2: „Gläubiger". Der Zusatz „Privat" ist daher überflüssig.

II. **Erfolglos versuchte Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen innerhalb der letzten sechs Monate.**

a. **Ohne Erfolg** ist die Vollstreckung versucht, solange sie nicht zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt hat.

b. **Versucht.** Nicht erforderlich ist, daß die Vollstreckung gerade von dem demnächst Kündigenden selbst versucht worden ist (D. 98).

c. **Zwangsvollstreckung.** Die Ladung zum Offenbarungseid ist nicht vorgeschrieben (Staub Anm. 2). Unerheblich ist, ob die Zwangsvollstreckung auf Grund eines vorläufig oder eines endgültig vollstreckbaren Titels erfolgt ist.

d. **In das bewegliche Vermögen des Gesellschafters.** Eine Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist nicht erforderlich (D. 98), aber auch nicht genügend. Das bewegliche Vermögen umfaßt in dem hier maßgebenden Sinn der CPO. §§ 803 ff. körperliche Sachen, Forderungen und andere ähnliche Vermögensrechte. Die Fassung des § 135 HGB. unterscheidet sich in dieser Beziehung von dem für die Vorausklage bei der Bürgschaft maßgebenden § 772 BGB., der eine Vollstreckung in die „beweglichen Sachen" fordert. Eine Vollstreckung in das Vermögen des Gesellschafters ist erforderlich; eine Vollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft fällt nicht hierunter (§ 105 Anm. I g 2, 3).

e. **Innerhalb der letzten sechs Monate.** Dieser Zeitraum ist von der Pfändung und Überweisung (d. h. von der Zustellung des Beschlusses an die Gesellschaft, § 829 Abs. 3 CPO.), nicht von der Kündigung an rückwärts zu rechnen (D. 98). Die Zeitbeschränkung ist in Anlehnung an § 66 GenG. neu eingeführt (D. 98). Über die Berechnung der Frist vgl. BGB. §§ 186, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 193.

III. **Pfändung und Überweisung auf Grund endgültig vollstreckbaren Schuldtitels.** Der § 135 behandelt nur den Fall der Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Dieser Anspruch ist frei übertragbar (BGB. § 717), mithin auch pfändbar (§ 105 Anm. I f 2); der Pfändungsbeschluß ist der Gesellschaft zuzustellen (anders bei Pfändung eines Anteils an einer gemeinbürgerlichen Gesellschaft nach BGB. § 725: RG. 57 415). Die Pfändung und Überweisung des Gewinnanteils ist gleichfalls zulässig (BGB. § 717, § 105 Anm. I f 2), gibt aber nicht die Rechte aus § 135 HGB. Wird der „Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen" gepfändet und überwiesen (§ 105 Anm. I g 1), so ist dies auszulegen als eine Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt oder dieses Anspruchs und außerdem anderer (übertragbarer) Ansprüche des Gesellschafters an die Gesellschaft (§ 105 Anm. I f 2); jedenfalls gibt daher auch eine solche Pfändung und Überweisung die Rechte aus § 135, außerdem aber während bestehender Gesellschaft nur die Rechte auf den Gewinnanteil (BGB. § 725 Abs. 2 entsprechend angewendet; unten Anm. VI). Der § 135 behandelt nur die Pfändung eines Anspruchs, der „dem Gesellschafter" zusteht. Voraussetzung für seine Anwendbarkeit ist daher, daß zur Zeit der Pfändung und Überweisung der Schuldner noch Gesellschafter ist. Eine Kündigungsbefugnis steht daher demjenigen nicht zu, der die Forderung des früheren Gesellschafters pfänden und sich überweisen läßt, die diesem gegen die Gesellschaft auf Grund der bereits bewirkten oder der noch zu bewirkenden Auseinandersetzung zusteht.

IV. **Kündigung mit sechsmonatlicher Frist zum Schluß des Geschäftsjahrs.** Über Kündigung und Kündigungsfrist vgl. § 132 Anm. II, III. Die Kündigung ist nicht nur bei einer für

unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft zulässig, in welchem Fall sie (mangels vertraglicher Verlängerung der Kündigungsfrist, § 132 Anm. IV) auch dem schuldenden Gesellschafter selbst in gleicher Weise zustehen würde (§ 132), sondern ebenfalls bei einer für bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft vor Zeitablauf. In letzterer Beziehung werden daher dem Gläubiger des Gesellschafters größere Rechte eingeräumt, als der Gesellschafter selbst hat (P. 4526, 4653). Eine im Gesellschaftsvertrag bestimmte Verkürzung der Kündigungsfrist eines Gesellschafters (§ 132 Anm. IV) kommt auch dem Gläubiger zu gut (ebenso Staub Anm. 4; dagegen Lehmann Nr. 5, Goldmann Nr. 13). Zu einer anderweiten Bestimmung des Zeitpunkts der Auflösung nach erfolgter Kündigung des Privatgläubigers ist ein Vertrag zwischen dem Privatgläubiger, dem schuldenden Gesellschafter und den übrigen Gesellschaftern erforderlich. — Die Kündigungserklärung ist nicht gegenüber der Gesellschaft, sondern gegenüber den einzelnen übrigen Gesellschaftern abzugeben (§ 132 Anm. II).

V. **Wirkung der Kündigung.**

a. **Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden des Gesellschafters.** Als Regel tritt die Auflösung der Gesellschaft ein (§ 135, § 131 Nr. 6). Die übrigen Gesellschafter können jedoch dem Gläubiger erklären, daß unter ihnen die Gesellschaft fortbestehen solle; dann scheidet der betreffende Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahrs aus der Gesellschaft aus (§ 141 Abs. 1). — Die Wirkung der Kündigung erlischt nicht durch nachträglichen einseitigen Widerruf der Kündigung (vgl. unten zu c; ebenso Goldmann Nr. 15; dagegen Lehmann Nr. 2).

b. **Liquidation und Auseinandersetzung.** Wird die Gesellschaft aufgelöst (machen also die übrigen Gesellschafter nicht von dem Ausschließungsrecht Gebrauch), so kann die Liquidation nur mit Zustimmung des Gläubigers unterbleiben (§ 145 Abs. 2). Wird eine solche Zustimmung nicht erteilt, so muß daher die Liquidation erfolgen trotz etwaiger gegenteiliger Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags oder sonstiger Vereinbarungen der übrigen Gesellschafter mit dem Schuldner des pfändenden Gläubigers (§ 145 Anm. III a 3). Über die Rechte des Gläubigers bei Ernennung und Abberufung von Liquidatoren vgl. § 146 Abs. 2, § 147. Wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, so stehen bei der Auseinandersetzung dem Privatgläubiger gegenüber den übrigen Gesellschaftern nur dieselben Mitwirkungsrechte (BGB. §§ 738, 740) zu, die dem ausgeschiedenen Gesellschafter zugestanden haben würden. Entsprechend dem § 145 Abs. 2 ist anzunehmen, daß auch in dieser Beziehung die Rechte des Gläubigers nicht durch Vereinbarungen der Gesellschafter beschränkt werden können. — Diese Selbständigkeit des dem Privatgläubiger zustehenden Rechts bezieht sich jedoch — bei Auflösung wie bei Ausscheiden — nur darauf, daß er die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens für die Auseinandersetzung und bestimmte Mitwirkungsrechte bei derselben in Anspruch nehmen kann. Etwaige Vereinbarungen aller Gesellschafter über sachliche Beschränkung des schuldenden Gesellschafters bezüglich dessen, was diesem bei einer Liquidation oder Auseinandersetzung zukommt, insbesondere auch etwaige Fristbestimmungen für die Auszahlung des Guthabens, binden auch den Privatgläubiger, soweit diese Vereinbarungen vor der Pfändung erfolgt sind.

c. **Einfluß einer Befriedigung des kündigenden Gläubigers.** Die Kündigung steht nur demjenigen zu, der noch zur Zeit der Kündigung „Gläubiger" ist. Die Kündigung ist daher unzulässig und wirkungslos, wenn der frühere Gläubiger vor der Kündigung wegen derjenigen Forderung befriedigt worden ist, wegen deren die Pfändung und Überweisung erfolgt war. Streitig ist, welche Wirkung eintritt, wenn die Befriedigung nach der Kündigung aber vor demjenigen Zeitpunkt erfolgt, für welchen gekündigt ist. Nach richtiger Ansicht macht die Befriedigung nicht ohne weiteres die Kündigung wirkungslos (ebenso Planck[3] § 725 Anm. 3, Goldmann Nr. 16; dagegen Staub Anm. 5, Lehmann Nr. 6). Denn, nachdem einmal eine Kündigung erfolgt ist, haben die übrigen Gesellschafter ein Recht auf Auflösung und Ausschließung, das ihnen nicht ohne ihr Einverständnis entzogen werden kann. Soll die Kündigung wirkungslos werden, so ist daher jedenfalls die Abgabe einer zweiten Erklärung zu verlangen, durch welche die Kündigung zurückgezogen wird. Ob eine solche Erklärung zulässig, ist nach Lage des Falls verschieden zu entscheiden. Ist der Privatgläubiger durch die übrigen Gesellschafter befriedigt worden, so erwerben sie seine

Forderung; sie können daher die Kündigung zurückziehen ohne Genehmigung des schuldenden Gesellschafters. Der letztere hat in diesem Fall weder ein Recht auf Zurückziehung, noch ein Recht auf Aufrechterhaltung der Kündigung; nicht sein Kündigungsrecht war ausgeübt worden, sondern das unabhängige (unter Umständen weitergehende) Kündigungsrecht des Privatgläubigers. Ist der Privatgläubiger durch den schuldenden Gesellschafter befriedigt worden, so kann dieser ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter die Kündigung nicht wirksam zurückziehen, ebensowenig wie der Privatgläubiger dies könnte. Andererseits können die übrigen Gesellschafter in denjenigen Fällen, in denen der schuldende Gesellschafter aus eigenem Recht nicht hätte kündigen dürfen, auf Grund des Gesellschaftsvertrags verlangen, daß er nunmehr die Kündigung zurückziehe.

VI. **Verhältnis des § 135 HGB. zu § 725 BGB.** Der § 725 BGB. lautet:

„Hat ein Gläubiger eines Gesellschafters die Pfändung des Anteils des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen erwirkt, so kann er die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist.

Solange die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte des Gesellschafters, mit Ausnahme des Anspruchs auf einen Gewinnanteil, nicht geltend machen."

a. **Der Abs. 1 § 725 BGB.** gilt für die offene Handelsgesellschaft nicht etwa neben dem § 135 HGB., sondern ist durch ihn ersetzt. So D. 98: „Die Vorschriften des § 725 BGB., welche das Kündigungsrecht des Gläubigers in mehrfacher Hinsicht an leichtere Bedingungen knüpfen, sind für die offene Handelsgesellschaft nicht geeignet." An sich könnte man annehmen, der § 725 BGB. behandele einen Fall, der von dem in § 135 HGB. behandelten verschieden sei, ersterer die Pfändung eines „Anteils am Gesellschaftsvermögen", letzterer die Pfändung des „Anspruchs auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt". In Wahrheit ist jedoch bei der offenen Handelsgesellschaft das letztere das Gleiche wie das erstere oder wenigstens ein Teil des ersteren, jedenfalls nichts von jenem wesentlich Verschiedenes (§ 105 Anm. I f 2, g 1, 2, § 135 Anm. III).

b. **Der Abs. 2 § 725 BGB.** ist unmittelbar gleichfalls nicht anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft, denn „der Gläubiger" in Abs. 2 weist zurück auf „Gläubiger, der die Pfändung eines Anteils an dem Gesellschaftsvermögen erwirkt" in Abs. 1. Immerhin ist die Bestimmung entsprechend anwendbar auf die (auch bei der offenen Handelsgesellschaft mögliche) Pfändung von Rechten aus dem Gesellschaftsvertrag. Der § 725 Abs. 2 BGB. hat dann die Bedeutung, daß die Übertragbarkeit (BGB. § 717) und Pfändbarkeit (CPO. § 851 Abs. 1) solcher Rechte in etwas weiterem Umfang (nämlich aller Rechte, soweit die übrigen Gesellschafter der Übertragung zugestimmt haben; § 105 Anm. I f 3) zulässig ist als deren eigene Ausübung durch den Pfändenden nach Überweisung. Die eigene Ausübung des gepfändeten Anspruchs aus der Geschäftsführung (BGB. § 717) soll auch durch BGB. § 725 Abs. 2 nicht ausgeschlossen werden; die engere Fassung des § 725 Abs. 2 erklärt sich vielmehr daraus, daß jener Anspruch nicht als Teil des Anteils am Gesellschaftsvermögen angesehen wird.

§ 136.

Geschäftsführung nach Auflösung.

Wird die Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung aufgelöst, so gilt die Befugniß eines Gesellschafters zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntniß erlangt oder die Auflösung kennen muß.

ADH. — **Entw. I** § 124. **Entw. II** § 135.

I. **Verhältnis zu § 729 BGB.** Der § 729 BGB. erwähnt die „einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur Geschäftsführung", während § 136

HGB. von der „Befugnis eines Gesellschafters zur Geschäftsführung" handelt. Im übrigen sind beide Vorschriften wörtlich gleichlautend. Der Unterschied beruht darauf, daß nach dem HGB. abweichend vom BGB. die Geschäftsführungsbefugnis auch ohne Übertragung im Gesellschaftsvertrag dem einzelnen Gesellschafter zusteht (§ 115, D. 98). Der § 136 HGB. ist nicht überflüssig neben den Bestimmungen über die Liquidation und die Befugnisse der Liquidatoren zur Geschäftsführung; denn einerseits sind die geschäftsführenden Gesellschafter und die Liquidatoren nicht immer die gleichen Personen, und andererseits haben die Befugnisse beider bezüglich der Geschäftsführung einen verschiedenen Umfang (D. 98).

II. **Fortdauer der Geschäftsführungsbefugnis.** Geschäftsführungsbefugnis vgl. § 114 Anm. I. Die Geschäftsführungsbefugnis (nicht auch die Geschäftsführungspflicht) gilt als fortbestehend bei Auflösung der Gesellschaft (wohl nicht entsprechend auch bei Ausscheiden des geschäftsführenden Gesellschafters) nur, wenn die Auflösung nicht durch Kündigung (des Gesellschafters oder eines Privatgläubigers) erfolgt, nur zugunsten des geschäftsführenden Gesellschafters, und nur bis er die Auflösung kennt oder kennen mußte (= infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte; BGB. § 122).

III. **Fortdauer der Vertretungsmacht.** In dieser Beziehung sind für die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 714, 169 BGB. maßgebend:

§ 714. „Soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten."

§ 169. „Soweit nach den §§ 674, 729 die erloschene Vollmacht eines Beauftragten oder eines geschäftsführenden Gesellschafters als fortbestehend gilt, wirkt sie nicht zugunsten eines Dritten, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts das Erlöschen kennt oder kennen muß."

Für die offene Handelsgesellschaft sind sie nicht anwendbar; denn eine dem § 714 BGB. entsprechende Vorschrift besteht nicht für die offene Handelsgesellschaft; daher bestimmt § 136 HGB. nicht, wie mittelbar § 729 BGB., auch über die Vertretungsmacht, und deshalb ist § 169 BGB. nicht entsprechend auch auf § 136 HGB. anwendbar. Für die offene Handelsgesellschaft folgen die Regeln über Fortdauer der Vertretungsmacht nach Auflösung vielmehr aus HGB. §§ 143, 15 und bei Auflösung durch Gesellschaftskonkurs aus HGB. § 32 Satz 4, KO. §§ 6, 7.

§ 137.

Einstweilige Fortführung bei Tod oder Konkurs eines Gesellschafters.

Wird die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, so hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen und bei Gefahr im Verzuge die von seinem Erblasser zu besorgenden Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können. Die übrigen Gesellschafter sind in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der von ihnen zu besorgenden Geschäfte verpflichtet. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend.

Die Vorschriften des Abs. 1 Satz 2, 3 finden auch im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 123. **Entw. II** § 134.

I. **Verhältnis zu §§ 727, 728 BGB.** Der § 137 HGB. steht zu §§ 727 Abs. 2, 728 Satz 2 BGB. in dem gleichen Verhältnis, wie § 136 HGB. zu § 729 BGB. (§ 136 Anm. I, D. 98).

II. **Auflösung der Gesellschaft.** Vgl. § 131 Anm. II. Der § 137 betrifft nur den Fall, daß infolge des Todes eines Gesellschafters oder des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft erfolgt, nicht auch die Fälle, daß gemäß einer im

Gesellschaftsvertrag enthaltenen Bestimmung die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbesteht (§ 138) oder von ihnen mit den Erben des Verstorbenen fortzusetzen ist (§ 139), oder daß auch ohne solche Bestimmung im Gesellschaftsvertrag die übrigen Gesellschafter das Fortbestehen beschließen und erklären (§ 141 Abs. 2).

III. **Tod eines Gesellschafters.**

a. **Pflicht des Erben.** Die in § 137 vorgeschriebenen Handlungen gehören zur Verwaltung des Nachlasses. Im Verhältnis der Erben untereinander wären daher an sich die Handlungen von ihnen gemeinschaftlich vorzunehmen (BGB. § 2038 Satz 1); da jedoch wohl immer die in § 137 erwähnten Handlungen als „zur Erhaltung des Nachlasses notwendige" anzusehen sein werden, so kann auch jeder Miterbe ohne Mitwirkung der anderen sie vornehmen (BGB. § 2038 Satz 2). Für die Kosten haften die Miterben untereinander nach Verhältnis ihrer Anteile (BGB. § 2038 Abs. 2, § 748). Die im § 137 dem Erben auferlegten Pflichten gehören zu den Nachlaßverbindlichkeiten (BGB. § 1967 Abs. 2); nach außen, gegenüber den übrigen Gesellschaftern, haften daher mehrere Erben für die Erfüllung als Gesamtschuldner nach näherer Maßgabe der §§ 2058 ff. BGB. Erfüllen sie die Pflicht, so haften sie den übrigen Gesellschaftern und diese sowie die Gesellschaft ihnen wie Gesellschafter während bestehender Gesellschaft (HGB. § 137 Abs. 1 Satz 3). Da der Anfall der Erbschaft ohne weiteres (und nur vorbehaltlich des Ausschlagungsrechts) eintritt (BGB. § 1942 Abs. 1), so ist auch derjenige Erbe, der demnächst die Erbschaft ausschlagen will, zur Vornahme berechtigt; schlägt er dann aus, so ist er gegenüber demjenigen, welcher Erbe wird, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet (BGB. § 1959). Die Pflicht des Erben ist eine doppelte: Anzeige vom Tod und — bei Gefahr im Verzug — vorläufige Fortführung der vom Erblasser zu besorgenden Geschäfte. Die Fortführungspflicht dauert, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit dem (an Stelle des Erblassers zuzuziehenden; vgl. auch § 146 Abs. 1 Satz 2) Erben anderweit Fürsorge treffen können.

b. **Pflicht der übrigen Gesellschafter.** Ihnen steht die Pflicht der vorläufigen Fortführung in gleichem Umfang wie dem Erben zu.

IV. **Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters.** In diesem Fall besteht nur eine Fortführungspflicht der übrigen Gesellschafter, nicht eine Anzeige- oder Fortführungspflicht des Konkursverwalters. Dagegen tritt letzterer bei Liquidation an die Stelle des Gesellschafters (§ 146 Abs. 3), und ohne seine Zustimmung kann die Liquidation nicht unterbleiben (§ 145 Abs. 2). Über die Geltendmachung der aus der vorläufigen Fortführung erwachsenden Ansprüche der Gesellschaft oder der Gesellschafter gegenüber der Konkursmasse des Gesellschafters vgl. § 131 Anm. I e.

V. **Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend.**

a. **Fortbestehen** vgl. § 131 Anm. III. Die Gesellschaft besteht im Fall des § 137 nicht als nichtaufgelöste fort (oben Anm. II); sie gilt nur als so fortbestehend. Das heißt: sowohl im Verhältnis nach innen wie im Verhältnis nach außen kommen die für eine nichtaufgelöste (ebenso Goldmann Nr. 12 mit nicht als zutreffend anzuerkennender Begründung; dagegen Staub Anm. 4) — also weder in Liquidation befindliche noch vollbeendigte — Gesellschaft geltenden Regeln entsprechend zur Anwendung. Nach außen jedoch nur, soweit nicht aus §§ 143, 15 wegen unterlassener Eintragung und Bekanntmachung der Auflösung etwas Gegenteiliges folgt.

b. **Insoweit.** Nur „insoweit" gilt die Gesellschaft als fortbestehend. Das heißt: die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsmacht (letztere auch hier nur, soweit aus §§ 143, 15 nichts Gegenteiliges folgt) bestehen nur innerhalb der Grenzen, die durch die Beschränkung der Fürsorgepflicht gezogen sind. Aus §§ 143, 15 folgt z. B., daß, solange die Auflösung nicht eingetragen ist, einem Dritten, der die Auflösung nicht kannte, nicht entgegengesetzt werden kann, daß die überlebenden Gesellschafter nicht mehr unbeschränkt, sondern nur gemäß § 137 umfanglich beschränkt vertretungsermächtigt sind.

II. Ausscheiden von Gesellschaftern (§§ 138—141).

§ 138.

Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern gemäß Gesellschaftsvertrag.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet mit dem Zeitpunkt, in welchem mangels einer solchen Bestimmung die Gesellschaft aufgelöst werden würde, der Gesellschafter, in dessen Person das Ereigniß eintritt, aus der Gesellschaft aus.

ADH. Art. 127. **Entw. I** § 125. **Entw. II** § 136.

I. **Verhältnis zu BGB. § 736.** Der § 138 HGB. weicht von dem § 736 BGB. nur darin ab, daß ersterer denjenigen Zeitpunkt als den des Ausscheidens nennt, „in welchem mangels einer solchen Bestimmung (des Gesellschaftsvertrages) die Gesellschaft aufgelöst werden würde“, während nach § 736 BGB. das Ausscheiden mit dem Eintritt des Ereignisses stattfindet. Der Unterschied beruht darauf, daß § 723 BGB. eine fristlose Kündigung zuläßt, während § 132 HGB. eine Kündigungsfrist vorschreibt.

II. **Verhältnis zu HGB. §§ 139, 141.** Der § 138 setzt voraus, daß im Gesellschaftsvertrag (d. h. ursprünglichen Vertrag oder späteren vertraglichen Festsetzungen; § 109 Anm. II) eine Bestimmung über Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern getroffen ist, und bestimmt über die drei Fälle des Todes, des Konkurses eines Gesellschafters und der Kündigung durch einen Gesellschafter. Der § 139 behandelt eine Vertragsbestimmung anderen Inhalts für den alleinigen Fall des Todes. Der § 141 hat zur Voraussetzung, daß keine Vertragsbestimmung des im § 138 erwähnten Inhalts getroffen ist, und bestimmt für die beiden Fälle der Kündigung durch einen Privatgläubiger und des Konkurses eines Gesellschafters. — Auf den Fall einer Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters kann nicht § 138 entsprechend angewendet werden, vielmehr ist in solchem Fall ausschließlich § 141 anwendbar (Goldmann Nr. 3; dagegen Staub Anm. 5).

III. **Ausscheiden.** Unter dieser Bezeichnung ist im HGB. — wie im BGB. — jedes Aufhören der Mitgliedschaft eines Gesellschafters trotz Fortbestehens der Gesellschaft begriffen; insbesondere sowohl der freiwillige Austritt wie die Ausschließung (D. 99). Anders im früheren ADH. Kein Ausscheiden liegt vor, wenn ein bisheriger Gesellschafter aufhört, persönlich haftend zu sein, aber als Kommanditist in der Gesellschaft verbleibt (§ 131 Anm. I i); für die Auseinandersetzung und die Anmeldung zum Handelsregister (§ 143 Abs. 2, § 162 Anm. III) kommen jedoch die Vorschriften über Ausscheiden auch in diesem Fall zur entsprechenden Anwendung. Übernimmt ein Gesellschafter als Gegenleistung dafür, daß ihm vorzeitiges Ausscheiden gestattet wird, eine Verpflichtung, deren Erfüllung ihm möglich ist, so liegt darin, daß der Ausscheidende schon bei Übernahme der Verpflichtung die Absicht hatte, diese nicht zu erfüllen, kein die Anfechtung des Ausscheidens ermöglichender Betrug (RG. 48 284). — Über die Anmeldungspflicht HGB. § 143 Abs. 2. Über den Einfluß auf Fortführung der Firma HGB. § 24. Über den Beginn der Verjährung der Ansprüche aus Gesellschaftsverbindlichkeiten HGB. § 159.

IV. **Auseinandersetzung.**

a. **Die §§ 738—740 BGB.** bestimmen über die Rechte und Pflichten des Ausscheidenden bei Auseinandersetzung:

§ 738: „Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Diese sind verpflichtet, dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, nach Maßgabe des § 732 zurückzugeben, ihn von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien und ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn

die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

Der Wert des Gesellschaftsvermögens ist, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln."

§ 739: „Reicht der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Anteils am Verlust aufzukommen."

§ 740: „Der Ausgeschiedene nimmt an dem Gewinn und dem Verluste teil, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergibt. Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint.

Der Ausgeschiedene kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen."

Diese Vorschriften sind auch auf die offene Handelsgesellschaft anwendbar. Nur findet nicht, wie für die gemeinbürgerliche Gesellschaft vorausgesetzt, die Auseinandersetzung zwischen dem Ausscheidenden und den übrigen Gesellschaftern, sondern zwischen dem Ausscheidenden und der Gesellschaft statt (§ 140 Abs. 2, RG. 7 94); auch die Bestimmung über das Zuwachsen des dem Ausscheidenden zustehenden „Anteils am Gesellschaftsvermögen" an die übrigen Gesellschafter ist nur entsprechend anwendbar (§ 105 Anm. I g 2). — Inwieweit BGB. §§ 738—740 auch anwendbar sind, wenn aus einer Gesellschaft alle Gesellschafter bis auf einen ausscheiden und dieser das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, vgl. § 142 Anm. VI.

b. **Vorarbeiten für Auseinandersetzung und Büchereinsicht.** Zur Mitwirkung an den zur Herbeiführung der Auseinandersetzung erforderlichen Vorarbeiten, namentlich Feststellung des Inventars und der Bilanz, sind die Gesellschaft und der Ausgeschiedene gleichmäßig verpflichtet (RG. **15** 82). Aus § 114 Abs. 1 (worauf RG. **15** 82 verweist) läßt sich dies indessen nicht herleiten, und mithin ist auch nicht (wie a. a. O. geschieht) eine gleichmäßige Berechtigung anzunehmen, da auf nichtgeschäftsführende Gesellschafter § 114 Abs. 1 nicht Anwendung findet, und nach dem Ausscheiden der bisherige Gesellschafter höchstens die Stellung eines nichtgeschäftsführenden hat. Soweit daher der ausscheidende Gesellschafter nichtgeschäftsführend war, ist er bis zu seinem Ausscheiden auf die Rechte aus HGB. § 118 und, soweit die erforderlichen Arbeiten nicht vor dem Ausscheiden erledigt sind, auf die Rechte aus BGB. § 810, HGB. §§ 45—47 beschränkt. Er kann auch nach seinem Ausscheiden Gewährung der Einsicht bezüglich der älteren und der schwebenden Geschäfte fordern (vgl. RG. **20** 45). Jedoch nicht auf unbegrenzt lange, sondern nur für eine zu der erforderlichen Ermittelung reichlich genügende Zeit (RG. **53** 233). Der Ausgeschiedene hat ein rechtliches Interesse an Einsicht der Bücher der Gesellschaft, wenn er wegen einer Gesellschaftsverbindlichkeit in Anspruch genommen wird (RG. **43** 135). Nach RG. **15** 82 ist, wenn sich eine Verständigung der Parteien über die gemeinschaftliche Erledigung der für die Auseinandersetzungsberechnung erforderlichen Arbeiten nicht erzielen läßt, entsprechend dem § 146 Abs. 2 ein Sachverständiger durch das Gericht zu ernennen behufs Fertigung jener Arbeiten auf Kosten der bisherigen Gesellschafter Vgl. auch die Vorschriften über Sicherung des Beweises CPO. §§ 485 ff.

c. **Anspruch des Ausgeschiedenen gegen die Gesellschaft und die verbliebenen Gesellschafter.** Die Klage auf Auseinandersetzung ist gegen die Gesellschaft zu richten, da der Ausgeschiedene seit dem Ausscheiden ihr als Dritter gegenübersteht (RG. **21** 95). Die D. 101 bemerkt: „Für den Auseinandersetzungsanspruch haften dem Ausgeschiedenen die in der Gesellschaft verbliebenen Gesellschafter als Gesamtschuldner." Dies ist zutreffend; die Gesamthaftung ist jedoch nur eine solche für die Gesellschaftsverbindlichkeiten gemäß § 128. Hieraus folgt, daß auch ein neueintretender Gesellschafter mit haftbar wird (§ 130). Bezüglich der beim Ausscheiden schwebenden Geschäfte bestimmt BGB. § 740 Abs. 2. Soweit der Ausgeschiedene einen fälligen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben hat, steht ihm ein

Zurückbehaltungsrecht aus BGB. § 273 zu, so daß er z. B. aus diesem Grund die Abgabe einer Erklärung ablehnen kann, die erforderlich ist, um ein öffentliches Register entsprechend dem nach BGB. § 738 erfolgten Zuwachs seines Anteils am gemeinschaftlichen Vermögensstück an die verbleibenden Gesellschafter zu berichtigen (dagegen OLG. Stuttgart 14 III 03 OLGRspr. 6 446, Staub § 143 Anm. 1, Goldmann § 143 Nr. 6). — Über nachträgliche Berichtigung einer falsch aufgestellten Bilanz vgl. § 213 Anm. II c 2. Tatfrage ist, ob eine etwaige Abrede der Gesellschafter, daß bestimmte Vermögensgegenstände anders als nach ihrem wahren Wert in die Bilanz eingesetzt werden sollen (§ 40 Anm. II e), nur für die während der Dauer der Gesellschaft aufgestellten Bilanzen oder auch für die Auseinandersetzungsberechnung bei Ausscheiden eines Gesellschafters gelten soll. War letzteres nicht beabsichtigt, so ist bei Aufstellung der Auseinandersetzungsberechnung kein Beteiligter an die Bewertungen in der zuletzt vor dem Ausscheiden aufgestellten Bilanz gebunden (RG. 4 X 02 JW. 590[14]).

d. **Haftung des Ausgeschiedenen gegenüber Gesellschaftsgläubigern.** Ob der Ausgeschiedene für die von der Gesellschaft nach seinem Ausscheiden aber vor dessen Anmeldung abgeschlossenen Geschäfte Dritten haftet, bestimmt sich nach § 143 Abs. 2, § 15 Abs. 1, 3 (RG. 14 VII 00 JW. 663[17]). Für spätere Geschäfte der Gesellschaft haftet er Dritten nicht; auch dann nicht, wenn jene Geschäfte Abwicklungsgeschäfte sind; BGB. § 740 Abs. 1 Satz 1 bezieht sich nur auf das innere Verhältnis des Ausgeschiedenen zur Gesellschaft (RG. 5 VII 02 JW. 445[10]).

V. **Fortbestehen der Gesellschaft** unter den übrigen Gesellschaftern. Vgl. § 131 Anm. III.

VI. **Verminderung der Gesellschafterzahl bis auf einen.** Der § 138 ist nicht anwendbar, wenn infolge des Ausscheidens nur ein Gesellschafter übrig bleiben würde, denn in diesem Fall kann eine „Gesellschaft" nicht fortbestehen (§ 131 Anm. I h). Wenn dieser Fall infolge Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters eintritt, ist jedoch nach § 142 Abs. 2 der andere berechtigt, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Tritt der Fall infolge Kündigung eines Gesellschafters oder infolge Todes ein, so wird die Vertragsbestimmung, daß „die Gesellschaft fortbestehen solle", in der Regel dahin auszulegen sein, daß derjenige, dem gekündigt ist oder der überlebt, das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmen darf; ob in letzterem Fall Gesamtnachfolge stattfindet und über die sonstigen Folgen des Ausscheidens aller Gesellschafter bis auf einen in anderen Fällen als denen des § 142, vgl. § 142 Anm. VI.

§ 139.

Fortsetzung mit den Erben.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll, so kann jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnantheils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Theil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird.

Nehmen die übrigen Gesellschafter einen dahin gehenden Antrag des Erben nicht an, so ist dieser befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären.

Die bezeichneten Rechte können von dem Erben nur innerhalb einer Frist von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfalle der Erbschaft Kenntniß erlangt hat, geltend gemacht werden. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist.

Scheidet innerhalb der Frist des Abs. 3 der Erbe aus der Gesellschaft aus oder wird innerhalb der Frist die Gesellschaft aufgelöst oder dem Erben die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt, so haftet er für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes.

Der Gesellschaftsvertrag kann die Anwendung der Vorschriften der Abs. 1 bis 4 nicht ausschließen; es kann jedoch für den Fall, daß der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig macht, sein Gewinnantheil anders als der des Erblassers bestimmt werden.

ADH. — **Entw. I** § 126. **Entw. II** § 137.

I. **Bestimmung des Gesellschaftsvertrages.**

a. **Gesellschaftsvertrag.** Vgl. § 109 Anm. II. Nicht genügend ist eine Bestimmung durch Testament. Doch ist § 139 entsprechend anzuwenden, wenn auch die übrigen Gesellschafter durch das Testament gebunden sind, was bei gemeinschaftlichem Testament (BGB. § 2271), bei Annahme eines mit dieser Auflage beschwerten Vermächtnisses (BGB. §§ 1940, 2194) und in ähnlichen Fällen vorkommen kann. — Über Vereinbarungen der übrigen Gesellschafter unmittelbar mit dem Erben über Fortsetzung der Gesellschaft, vgl. § 131 Anm. III, § 139 Anm. V.

b. **Inhalt der Bestimmung.** Der § 139 behandelt die Bestimmung, daß im Fall des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll. Den hiervon abweichenden Fall, daß bestimmt ist, die Gesellschaft solle unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen, behandelt § 138. Die Bestimmung, daß die Gesellschaft mit einem Vermächtnisnehmer des Verstorbenen oder mit einem sonstigen Dritten fortgesetzt werden solle, ist im Zweifel auszulegen als Vereinbarung, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen solle (§ 138) in Verbindung mit dem Vorvertrag über die Pflicht zur Aufnahme eines neuen Gesellschafters (§ 105 Anm. I i); der § 139 jedenfalls ist bei solcher Vereinbarung nicht anwendbar. Über Fortsetzung der Gesellschaft vgl. § 131 Anm. III. Der Vertrag muß bestimmen, daß im Fall des Todes des gerade verstorbenen Gesellschafters die Fortsetzung stattfinden soll. Ob bezüglich anderer Gesellschafter der Vertrag gleiche Bestimmungen enthält oder nicht, ist unerheblich. Die Vertragsabrede kann den Tod aller ursprünglichen Gesellschafter ins Auge fassen (RG. **16** 58); dann ist § 139 bei den mehreren aufeinander folgenden Todesfällen jedesmal anwendbar. — Möglich ist auch die Vertragsabrede, daß die Erben nur berechtigt sein sollen, in die offene Handelsgesellschaft — sei es als offene Gesellschafter, sei es als Kommanditisten oder stille Gesellschafter — einzutreten (RG. **16** 54, Bolze **3** Nr. 794), oder daß alle Erben berechtigt sein sollen, einen von ihnen zu bezeichnen, dem dann das Recht einzutreten zustehen solle (RG. 2 33). Solche Abreden fallen indessen nicht unter § 139, enthalten vielmehr einen Vorvertrag für Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrags mit den Erben (§ 105 Anm. I i); die Stellung des dann eintretenden Erben bestimmt sich nach §§ 130, 173, 335, nicht nach § 139. — Die Vertragsbestimmung „die Erben sind berechtigt und verpflichtet, den Vertrag auszuhalten; sie haben aus der Zahl der (nicht erbenden) Schwiegersöhne einen Vertreter zu bestellen, der für ihre Rechnung, aber mit vollen Befugnissen und Pflichten, wie sie dem Verstorbenen zustanden, an dessen Stelle tritt" wird von RG. 2 30 dahin ausgelegt, daß die Erben Gesellschafter werden und die Bestellung eines Schwiegersohns als Prokuristen verlangen können. — Die Bestimmung, daß im Fall des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft nur mit einem der mehreren Erben fortgesetzt werden solle, ist wirksam (OLG. Colmar 28 III 90 ZHR. **42** 529): auf die ausscheidenden Miterben ist dann § 138 (OLG. Colmar 28 III 90 ZHR. **42** 531), auf den verbleibenden Miterben § 139 anzuwenden.

II. **Beerbung.** Der § 139 setzt außer dem Vorhandensein der Vertragsbestimmung auch die erfolgte Beerbung voraus (RG. **16** 56). Die Erbschaft geht auf den berufenen Erben ohne

weiteres über, unbeschadet des Rechts, sie demnächst binnen bestimmter Frist auszuschlagen (BGB. § 1942 Abs. 1). Das Ausschlagungsrecht erlischt durch Annahme der Erbschaft oder Ablauf der Ausschlagungsfrist (BGB. § 1943). Nimmt der Erbe die Besorgung von Gesellschaftsgeschäften in weiterem Umfang vor, als es eine einstweilige Fürsorge nötig macht (vgl. BGB. § 1959; der § 137 HGB. findet nicht Anwendung, da keine Auflösung vorliegt), so kann hierin eine Annahmeerklärung liegen. Erfolgt die rechtzeitige Ausschlagung der Erbschaft durch den zunächst Berufenen, so gilt der Anfall als nicht erfolgt, und die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte (BGB. § 1953). Auch für und gegen den dann Berufenen kommt § 139 HGB. zur Anwendung. — Ist ein Nacherbe eingesetzt, so kommt § 139 zunächst für den Vorerben allein (RG. 16 43) und demnächst, wenn dieser bis zum Eintritt der Nacherbfolge offener Gesellschafter geblieben ist (BGB. § 2112), nochmals (dagegen Staub Anm. 4) für den Nacherben (BGB. §§ 2139, 2142, 2144) zur Anwendung.

III. **Recht des Erben.**

a. **Jeder** Erbe hat für sich das Recht aus § 139, ohne Rücksicht darauf, welche Erklärung die übrigen Erben abgeben.

b. **Recht.** Der § 139 Abs. 1 gewährt dem Erben nur ein Recht („kann"), legt ihm keine Pflicht auf. Andererseits geht das ihm gewährte Recht nur dahin, einen Antrag (BGB. §§ 145 ff.) des in Abs. 1 bestimmten Inhalts zu machen. Wird dieser Antrag nicht angenommen, so hat er gleichfalls nur das Recht, nicht die Pflicht, sein Ausscheiden gemäß Abs. 2 zu erklären. — Der Antrag und die Erklärung sind gegenüber allen übrigen Gesellschaftern, nicht gegenüber der Gesellschaft abzugeben (§ 139 Abs. 2: „die übrigen Gesellschafter"; vgl. § 132 Anm. II). Die übrigen Gesellschafter haben über Annahme oder Ablehnung des Antrags gemäß § 119 zu beschließen.

c. **Inhalt des Antrages.** Der Inhalt ist im Gesetz nach drei Richtungen festgelegt: der Erbe kann fordern als Stellung die eines Kommanditisten (also namentlich die beschränkte Haftung und Befreiung von der Geschäftsführungspflicht), als Einlage den auf ihn fallenden Teil der Einlage (nicht notwendig des Guthabens auf Kapitalkonto, Cosack HR. § 110 II 2, Lehmann Nr. 10, Goldmann Nr. 16; dagegen Staub Anm. 15) des Erblassers, als Gewinnanteil den Gewinnanteil des Erblassers. Nur in der letzterwähnten Beziehung, mit Bezug auf den Gewinnanteil, kann der Gesellschaftsvertrag anderes bestimmen (§ 139 Abs. 5). Bei mehreren Miterben wird jeder nur im Verhältnis des auf ihn fallenden Teils der Einlage den Gewinnanteil fordern dürfen. Der Erbe hat die „Einlage" (§ 105 Anm. I h) so zu übernehmen, wie sie bei dem Tod des Erblassers bestand, also als Einlageversprechen, soweit sie noch rückständig war, als Eingebrachtes, soweit sie bereits eingezahlt war. Auch kommt nicht der ursprünglich bedungene Betrag der Einlage, sondern der infolge etwa vereinbarter Erhöhungen oder Verminderungen (§ 105 Anm. I h 5) oder infolge eingetretener Verluste beim Tod des Erblassers maßgebende Betrag in Betracht (Staub Anm. 15; dagegen Goldmann Nr. 16), und dieser Betrag wird, wenn voll eingezahlt und richtig gebucht war, nachgewiesen durch die Höhe des Guthabens auf Kapitalkonto. Besteht weder ein Einlagerückstand noch ein Guthaben auf Kapitalkonto, so kann daher der Erbe nicht Einräumung der Stellung als Kommanditist beanspruchen (Staub Anm. 3, 15; dagegen Lehmann Nr. 5, Goldmann Nr. 5, 16), sondern wird — wenn er nicht die Erbschaft ausgeschlagen hat — offener Gesellschafter (unten Anm. IV a). — Zweifelhaft ist, was unter dem „auf ihn fallenden Teil" zu verstehen ist, ein „seinem Anteil am Nachlaß entsprechender Teil" oder der „bei der Erbauseinandersetzung auf ihn fallende Teil". Man wird ersteres anzunehmen haben (Mosse Anm. 6), obwohl hierin allerdings eine Ausnahme von § 2033 Abs. 2 BGB. liegt.

d. **Frist.** Die in § 139 Abs. 3 bestimmte Frist gilt sowohl für das Antragsrecht des Abs. 1, wie für das Erklärungsrecht des Abs. 2. Beide Rechte („die bezeichneten Rechte") können nur innerhalb der Frist ausgeübt werden. Der Antragende darf die Erklärung des Abs. 2 abgeben erst, nachdem die Nichtannahme des gemäß Abs. 1 gestellten Antrages feststeht. Auch die Erklärung des Abs. 2 wird erst in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie

dem letzten Gesellschafter zugeht (BGB. § 130), so daß auch dieser Zeitpunkt noch innerhalb der Frist des § 139 Abs. 3 liegen muß. Daher kann, wenn die übrigen Gesellschafter bei Eintritt des Todesfalls in fernen Ländern mit unentwickelten Verkehrsmitteln sich aufhalten oder ihr Aufenthalt unbekannt ist, die Einhaltung der Frist unmöglich sein. Der Erbe hat dann nur die Wahl, entweder als offener Gesellschafter in der Gesellschaft zu verbleiben, oder die ganze Erbschaft auszuschlagen. Über die Zulässigkeit öffentlicher Zustellung bei unbekanntem Aufenthalt des Erklärungsempfängers und über die Rückbeziehung der demnächst erfolgten öffentlichen Zustellung auf den Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs vgl. BGB. § 132, CPO. § 206 Abs. 2, § 207 Abs. 1. Hat der Erbe einem Abwesenden den Antrag gemäß Abs. 1 gemacht, so bleibt er — wenn er nicht eine Frist für die Annahme des Antrages gestellt hat (BGB. § 148) — daran bis zu dem Zeitpunkt gebunden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf (BGB. §§ 145, 147), selbst wenn inzwischen die Frist des § 139 Abs. 3 abläuft. Im einzelnen gilt für diese Frist das gleiche, wie für die dreimonatige Frist, die in § 27 mit Bezug auf die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten zu gunsten des Erben vorgesehen ist, der das Geschäft des Erblassers unter der alten Firma fortführt (D. 100; vgl. § 27 Anm. IV a 2). Die Wahrung der Frist ist nicht dadurch bedingt, daß eine etwa erforderliche Eintragung und Bekanntmachung innerhalb der Frist erfolgt. Erfolgt sie verspätet, so ist daher für die Zukunft Dritten gegenüber § 15 Abs. 2, §§ 171—173 bestimmend; nur für die Zeit vom Eintritt der einzutragenden Tatsache bis zur Eintragung und Bekanntmachung bezw. Eintragung gelten dann § 15 Abs. 1, § 176.

IV. **Wirkung. Die einzelnen möglichen Fälle.**

a. **Der Erbe übt das Antragsrecht des Abs. 1 oder nach Nichtannahme des Antrages das Erklärungsrecht des Abs. 2 nicht (oder nicht rechtzeitig) aus.** Dann bleibt die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages in Kraft, daß die Gesellschaft mit den Erben fortzusetzen ist. Die Gesellschaft wird daher durch den Tod des Erblassers nicht aufgelöst (§ 131 Nr. 4), sondern besteht zwischen den übrigen Gesellschaftern und den Erben fort (§ 131 Anm. III). Die letzteren werden dann — ohne besonderen Beitritt — jeder für seine Person offene Gesellschafter (RG. 16 57, RG. 6 V 05 HoldheimsMSchr. 233); jeder haftet daher mit seinem ganzen Vermögen als Gesamtschuldner für die vor seinem Eintritt (also vor dem Tod des Erblassers) begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 130); selbstverständlich auch für die nach seinem Eintritt begründeten (§ 128, D. 100) — gleichgültig, ob er Vorbehaltserbe ist oder nicht.

b. **Der Erbe übt das Antragsrecht des Abs. 1 aus, und die übrigen Gesellschafter nehmen den Antrag an.** Dann wird die bisherige offene Handelsgesellschaft zu einer Kommanditgesellschaft und besteht als solche ohne Auflösung (§ 131 Anm. I i) fort. Die Einlage und der Gewinnanteil sind durch § 139 Abs. 1, 5 und durch den Inhalt des Gesellschaftsvertrages, des Antrages und der Annahmeerklärung bestimmt.

1. Wird durch Annahme des Antrages noch innerhalb der Frist des Abs. 3 dem Erben die Stellung als Kommanditist eingeräumt, so haftet er für die „bis dahin" (d. h. bis zu jener Einräumung, in der Regel also bis zur Annahme des Antrages) entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts (Haftung als Erbe, § 139 Abs. 4; der § 173 findet dann nicht Anwendung). Für die später entstehenden Verbindlichkeiten regelt sich seine Haftung nach den für die Kommanditisten maßgebenden Grundsätzen (Haftung als Kommanditist, § 176 Abs. 2, § 173; D. 100; „entstanden" = „begründet"). Als Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten regeln, kommen namentlich in Betracht §§ 2058 bis 2060 BGB.:

§ 2058. „Die Erben haften für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner."

§ 2059. „Bis zur Teilung des Nachlasses kann jeder Miterbe die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Vermögen, das er außer seinem An-

teil an dem Nachlasse hat, verweigern. Haftet er für eine Nachlaßverbindlichkeit unbeschränkt, so steht ihm dieses Recht in Ansehung des seinem Erbteil entsprechenden Teiles der Verbindlichkeit nicht zu.

Das Recht der Nachlaßgläubiger, die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlasse von sämtlichen Miterben zu verlangen, bleibt unberührt."

§ 2060. „Nach der Teilung des Nachlasses haftet jeder Miterbe nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil einer Nachlaßverbindlichkeit:

1. wenn der Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist; das Aufgebot erstreckt sich insoweit auch auf die im § 1972 bezeichneten Gläubiger sowie auf die Gläubiger, denen der Miterbe unbeschränkt haftet;
2. wenn der Gläubiger seine Forderung später als fünf Jahre nach dem im § 1974 Abs. 1 bestimmten Zeitpunkte geltend macht, es sei denn, daß die Forderung vor dem Ablaufe der fünf Jahre dem Miterben bekannt geworden oder im Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist; die Vorschrift findet keine Anwendung, soweit der Gläubiger nach § 1971 von dem Aufgebote nicht betroffen wird;
3. wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet und durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt worden ist."

§ 1994 Abs. 1. „Das Nachlaßgericht hat dem Erben auf Antrag eines Nachlaßgläubigers zur Errichtung des Inventars eine Frist (Inventarfrist) zu bestimmen. Nach dem Ablaufe der Frist haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, wenn nicht vorher das Inventar errichtet wird."

§ 2063. „Die Errichtung des Inventars durch einen Miterben kommt auch den übrigen Erben zu statten, soweit nicht ihre Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt ist.

Ein Miterbe kann sich den übrigen Erben gegenüber auf die Beschränkung seiner Haftung auch dann berufen, wenn er den anderen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet."

2. Wird durch Annahme des Antrages erst nach Ablauf der Frist des Abs. 3 dem Erben die Stellung als Kommanditist eingeräumt (sei es, daß die Annahmerklärung später erfolgt, sei es, daß der Eintritt als Kommanditist erst zu einem späteren Zeitpunkt stattfinden soll), so haftet der Erbe für die Zeit bis zu seinem Eintritt mit seinem ganzen Vermögen als offener Gesellschafter (oben Anm. IV a); für die spätere Zeit haftet er wie ein Kommanditist (§ 176 Abs. 2, § 171).

c. **Der Erbe übt das Antragsrecht des Abs. 1 und, nach Nichtannahme des Antrages während Bindung des Erben** (BGB. §§ 145—149), **das Erklärungsrecht des Abs. 2 rechtzeitig aus.** Dann scheidet er mit dem Zeitpunkt, an welchem seine Erklärung dem letzten der Mitgesellschafter des Erblassers zugeht (oben Anm. III d), aus der Gesellschaft aus. Für die Gesellschaftsschulden, die bis zu seinem Ausscheiden entstanden sind, haftet er dann nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§ 139 Abs. 4; oben Anm. IV b 1). Für die später entstandenen Gesellschaftsschulden haftet er nicht, vorbehaltlich der aus etwaiger Nichtanmeldung des Ausscheidens für Dritte entstandenen Rechte (§§ 143 Abs. 2, 15 Abs. 1, 3). — Unter den übrigen Gesellschaftern — wenn noch mindestens zwei vorhanden (§ 131 Anm. I h) — dauert trotz Ausscheidens des Erben die Gesellschaft fort (§ 138 Anm. III).

d. **Innerhalb der Frist des Abs. 3 wird die Gesellschaft aufgelöst oder scheidet der Erbe aus einem anderen als dem zu c genannten Grund aus der Gesellschaft aus.** Dann haftet er für die bis zur Auflösung oder bis zum Ausscheiden entstandenen Gesellschaftsschulden und für die nach dem Ausscheiden entstandenen Gesellschaftsschulden wie zu c. Für die während einer etwaigen Liquidation eingegangenen Gesellschaftsverbindlichkeiten hat der Erbe mit denselben Maßgaben (§ 156 Anm. II 4, § 105 Anm. I d 2, § 27) zu haften, wie er zu haften hätte, wenn die Gesellschaft unmittelbar durch den Tod des Erblassers aufgelöst worden wäre.

V. **Ausschließende oder abändernde Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages.** Der Gesellschaftsvertrag kann für den Fall, daß der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft von der

Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig macht, seinen Gewinnanteil anders als durch Gleichstellung mit dem auf seinen Einlageanteil entfallenden Gewinnanteil des Erblassers bestimmen (§ 139 Abs. 5; oben Anm. III c). Da der Erbe als Kommanditist nicht, wie in der Regel der Erblasser als offener Gesellschafter, zu eigener Tätigkeit verpflichtet ist (§ 164), so wird in der Regel die Einräumung eines geringeren Gewinnanteils an den Erben als Kommanditisten der Billigkeit entsprechen (D. 100). Aber auch die Einräumung eines höheren Gewinnanteils an ihn im Gesellschaftsvertrag ist nicht vom Gesetz ausgeschlossen. Unter Umständen können derartige Bestimmungen, auch wenn durch Testament getroffen, für die Beteiligten bindend werden (oben Anm. I a); über die Art, wie von derartigen letztwilligen Bestimmungen in Preußen Erbschaftssteuer zu berechnen ist, vgl. RG. 45 216. — Die sonstigen Vorschriften des § 139 Abs. 1 bis 4 können im voraus (im „Gesellschaftsvertrag") nicht ausgeschlossen werden. Dies Verbot beruht zum Teil auf dem Interesse der Erben (der Erblasser soll nicht in der Lage sein, den Erben über die Kräfte der Erbschaft hinaus zu verpflichten; D. 100), zum Teil auf dem Interesse der Gläubiger an baldiger Endigung der Schwebezeit. Soweit nur das erstere Interesse in Betracht kommt, sind die gesetzlichen Vorschriften abänderbar durch Vertrag zwischen dem Erben und den übrigen Gesellschaftern. Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, welche dem Verbot entgegenstehen, sind nichtig. Über die Wirkung der Nichtigkeit eines einzelnen Vertragsteils vgl. § 67 Anm. II.

§ 140.

Ausschließung eines Gesellschafters.

Tritt in der Person eines Gesellschafters ein Umstand ein, der nach § 133 für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet. die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, so kann vom Gericht anstatt der Auflösung die Ausschließung dieses Gesellschafters aus der Gesellschaft ausgesprochen werden, sofern die übrigen Gesellschafter dies beantragen.

Für die Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und dem ausgeschlossenen Gesellschafter ist die Vermögenslage der Gesellschaft in dem Zeitpunkte maßgebend, in welchem die Klage auf Ausschließung erhoben ist.

ADH. Art. 128, 130 Abs. 1. **Entw. I** § 127. **Entw. II** § 138.

I. **Voraussetzungen der Ausschließung.**

a. **Gesellschaft von mehr als zwei Gesellschaftern.** Würde durch die Ausschließung die Zahl der Gesellschafter bis auf einen vermindert werden, so ist nicht Ausschließung, sondern nur Auflösung möglich (§ 131 Anm. I b). Der § 142 enthält indessen entsprechende Vorschriften für einen solchen Fall.

b. **Umstand, der das Recht begründet, Auflösung aus wichtigem Grund zu verlangen.** Vgl. § 133 Anm. I d. Als genügender Grund zur Ausschließung wurde erachtet die wiederholte Unterlassung der rechtzeitigen Aufstellung von Inventar und Bilanz durch den tatsächlich allein geschäftsführenden Gesellschafter, der diese Pflicht vertraglich ausdrücklich übernommen hatte, sowie der Abschluß von Geschäften, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgingen, durch ihn ohne Rückfrage bei den übrigen Gesellschaftern (ROH. 20 244). Nicht für genügend wurden erachtet Verstöße in der eigenen Buchführung in einem Fall, in welchem nicht die eigene Buchführung, sondern nur die Leitung der Buch- und Kassenführung als dem betreffenden Gesellschafter obliegende wesentliche Verpflichtung angesehen wurde (ROH. 18 397). Ebenso (wohl zu Unrecht) für nicht genügend das Zusammentreffen von Überschreitungen der Entnahmebefugnis und der Geschäftsführungsbefugnis (Bolze 9 Nr. 465). Nicht für genügend die Weigerung, einen der Gesellschaft auferlegten Eid zu leisten (Bolze 9 Nr. 466); in Fällen böswilliger Weigerung kann jedoch anders zu entscheiden sein. Der Antrag auf Ausschließung braucht nicht so=

fort nach Kenntnis von dem sie rechtfertigenden Grund gestellt zu werden; wird der Antrag verspätet gestellt, so ist jedoch zu prüfen, ob Verzeihung erfolgt ist; eine solche liegt nicht schon in der Unterlassung der Kündigung oder eines Antrages auf Auflösung oder Ausschließung, denn die bloße Fortsetzung der Gesellschaft kann veranlaßt sein durch einen vorläufigen Mangel voller Überzeugung von der Schuld des Gesellschafters oder durch den Versuch, abzuwarten, ob die spätere Haltung des Verdächtigen die Zweifel zerstreuen und das Vertrauen wiederherstellen werde (ROH. 6 113). — Liegt ein wichtiger Grund zur Ausschließung vor, so ist der Antrag auf Ausschließung nicht darum unzulässig, weil vorher auch gekündigt ist (ROH. 6 112).

c. **In der Person des auszuschließenden Gesellschafters** muß der Umstand begründet sein. Da § 133 eine gleiche Beschränkung nicht enthält, so ist nicht immer, wenn eine Auflösung aus wichtigem Grund, auch eine Ausschließung zulässig; wohl aber umgekehrt. Daß der in der Person des Auszuschließenden vorliegende Umstand ein von diesem verschuldeter sein müsse, ist im Gesetz nicht bestimmt; daher ist ein Antrag auf Ausschließung z. B. auch bei Unfähigwerden des Gesellschafters zu den ihm obliegenden Geschäften infolge anhaltender Krankheit zulässig (RG. 24 138). Indessen ist, da in der Ausschließung eine Benachteiligung des Ausgeschlossenen gegenüber den anderen Gesellschaftern liegt, für die Wichtigkeit des Ausschließungsgrundes ein strenger Maßstab anzulegen (RG. 24 138). So genügen z. B. nicht kleine Unregelmäßigkeiten, wie sie in jeder Gesellschaft ohne erheblichen Nachteil vorkommen, sondern es müssen schwere Versündigungen gegen die Gesellschaft vorliegen (RG. 24 138). Falls auch die Gesellschafter, welche die Ausschließung beantragen, sich gesetz- oder vertragswidriger Handlungen schuldig gemacht haben, so muß das Verschulden des Auszuschließenden ein erheblich überwiegendes sein, um die Ausschließung zu rechtfertigen (RG. 24 138).

II. **Geltendmachung und Entscheidung.**

a. **Antrag der übrigen Gesellschafter.** Ein Antrag aller übrigen Gesellschafter ist gleichfalls gefordert für die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (§ 117 Anm. Ib, c) und der Vertretungsmacht (§ 127 Anm. II). Ein Antrag eines Gesellschafters genügt für die Auflösung der Gesellschaft (§ 133 Anm. Ib). — Daraus, daß auf Ausschließung alle übrigen Gesellschafter antragen müssen, folgt nicht, daß nicht in einer Klage gleichzeitig gegen mehrere Gesellschafter geklagt werden könne (§ 117 Anm. Ic; ebenso Goldmann Anm. 9; dagegen Lehmann Nr. 2).

b. **Gerichtliche Entscheidung.** Vgl. § 117 Anm. Id. (Abweichend BGB. § 737.) Dem Gericht ist freies Ermessen eingeräumt („kann"), jedoch nicht in höherem Grad als auch in den Fällen der §§ 117, 127, 133, 146, 147, 266. Die dort gewählte Fassung „durch gerichtliche Entscheidung" oder „durch das Gericht" hat keinen anderen Sinn als die in §§ 140, 142, 302 Abs. 3 gewählte „vom Gericht" und die in §§ 166 Abs. 3, 254 Abs. 3, 272 Abs. 3 gebrauchte „das Gericht". Das „kann" fällt in § 140 nur darum mehr auf, weil es dem „vom Gericht" im Satz näher gerückt ist als in den ersterwähnten Gesetzesstellen; aber auch dies soll keine besondere Bedeutung haben, wie sich aus der Vergleichung mit § 142 ergibt. Die begehrte Anordnung kann daher nicht etwa willkürlich abgelehnt werden, sondern nur wenn trotz Vorliegens eines in der Person des Antragsgegners liegenden wichtigen Grundes die Ausschließung aus anderen Gründen (z. B. wegen gleichen Verschuldens der Antragsteller oder wegen vorauszusehender unverhältnismäßiger Schädigung des Antragsgegners) unbillig erscheint (ROH. 18 396). Auflösung ist nicht etwas minderes, sondern etwas anderes als Ausschließung; ist daher Ausschließung beantragt, so darf nicht auf Auflösung erkannt werden (RG. 24 140). Bei einstweiligen Verfügungen ist eine derartige Abweichung nicht vollständig ausgeschlossen (CPO. § 938 Abs. 1), soweit überhaupt eine Auflösung oder Ausschließung ausnahmsweise als einstweilige Maßregel gerechtfertigt werden kann.

III. **Wirkung.**

a. **Ausscheiden des ausgeschlossenen Gesellschafters.** Vgl. § 138 Anm. III. Das Ausscheiden erfolgt — abgesehen von dem Fall einer etwaigen einstweiligen Verfügung — erst mit

Rechtskraft des Urteils. Bis dahin dauert daher auch eine etwa vorhandene Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht (P. 238, 242, RG. 15 82). Nur für die Auseinandersetzung gilt Abweichendes (§ 140 Abs. 2).

b. **Fortbestehen der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern.** (P. 238, RG. 24 138). Vgl. § 131 Anm. III. Es bedarf keiner hierauf bezüglichen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag (D. 100; abweichend BGB. § 737).

c. **Auseinandersetzung.** Vgl. § 138 Anm. IV. Maßgebend für die Auseinandersetzung ist nach § 140 Abs. 2 die Vermögenslage der Gesellschaft in dem Zeitpunkt, in welchem die Klage auf Ausschließung erhoben ist. Hieraus muß abgeleitet werden, daß — soweit nicht die Bestimmung des § 740 BGB. über schwebende Geschäfte eingreift (RG. 56 19) — die späteren Geschäfte auf alleinige Rechnung der fortgesetzten Gesellschaft gehen (RG. 15 81), vorbehaltlich etwaiger Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den geschäftsführenden Gesellschafter. Die Klage wird mit dem Zeitpunkt der Zustellung erhoben (CPO. § 253 Abs. 1), eine etwaige Widerklage mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung (CPO. §§ 280, 281).

IV. **Entgegenstehende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages.** Der Gesellschaftsvertrag kann eine Ausschließung überhaupt gültig untersagen. Dem § 140 ist keine Vorschrift wie sie § 133 Abs. 3 enthält beigefügt; daher kommt der allgemeine Grundsatz des § 109 Halbsatz 1 zur Anwendung, da § 140 nur das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander regelt (§ 109 Anm. I). Andererseits kann gültig vereinbart werden, daß eine bestimmte Tatsache Ausschließungsgrund sein soll (RG. 24 140); der Richter ist dann gebunden, diese Tatsache als wichtigen Grund im Sinn des § 140 gelten zu lassen (§ 70 Anm. Ib). Das RG. 24 140 nahm an, daß keine solche Vereinbarung in der Vertragsbestimmung liege: „widrigenfalls jeder der übrigen Gesellschafter das Ausscheiden des Ungehorsamen verlangen kann". Nicht zulässig ist es, die Entscheidung über Ausschließung in die Willkür der übrigen Gesellschafter zu legen; hierin läge eine den guten Sitten widerstreitende Unterwerfung unter den Willen anderer (BGB. § 138, Planck[3] § 315 Anm. 1, ROH. 21 87). Ist im Vertrag den übrigen Gesellschaftern freigestellt, die Ausschließung zu beschließen, so ist dies gültig (ebenso Lehmann Nr. 8; dagegen ROH. 21 88, RG. 38 121, Staub Anm. 6, Goldmann Nr. 16) und (unter entsprechender Anwendung des § 315 BGB.) dahin auszulegen, daß der Beschluß nur nach billigem Ermessen gefaßt werden darf. Unzulässig ist es, die Entscheidung in den Willen der anderen Partei zu stellen und gleichzeitig die gerichtliche Nachprüfung auszuschließen, denn dann wäre die Ausschließung in die Willkür der anderen Partei gelegt (ROH. 21 84; vgl. auch RG. 21 94).

§ 141.

Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern nach Kündigung durch Privatgläubiger oder bei Konkurs eines Gesellschafters.

Macht ein Privatgläubiger eines Gesellschafters von dem ihm nach § 135 zustehenden Rechte Gebrauch, so können die übrigen Gesellschafter auf Grund eines von ihnen gefaßten Beschlusses dem Gläubiger erklären, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle. In diesem Falle scheidet der betreffende Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahrs aus der Gesellschaft aus.

Diese Vorschriften finden im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters mit der Maßgabe Anwendung, daß die Erklärung gegenüber dem Konkursverwalter zu erfolgen hat und daß der Gemeinschuldner mit dem Zeitpunkte der Eröffnung des Konkurses als aus der Gesellschaft ausgeschieden gilt.

ADH. Art. 132. **Entw. I** § 128. **Entw. II** § 139.

I. **Fortsetzung der Gesellschaft nach Kündigung durch den Privatgläubiger.** Durch die Kündigung wird die Gesellschaft zum Ende des Geschäftsjahrs aufgelöst (§ 135 Anm. V a). Die Auflösung kann abgewendet werden durch einen ausdrücklichen Beschluß der übrigen Gesellschafter (§ 119), der vor der Zeit, zu welcher die Auflösung eintreten soll, dem Gläubiger mitgeteilt sein muß (BGB. §§ 130 ff.). Diese Erklärung wirkt auch gegenüber dem Gesellschafter, dessen Gläubiger gekündigt hat. Ist die Erklärung rechtzeitig erfolgt, so besteht die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fort (§ 131 Anm. III), und der Gesellschafter, dessen Gläubiger gekündigt hatte, scheidet aus (§ 138 Anm. III) zu dem Zeitpunkt, zu welchem zulässigerweise gekündigt ist (§ 135 Anm. IV). Für die Auseinandersetzung (§ 138 Anm. IV) ist dieser Zeitpunkt zu grund zu legen. Erfolgt die Erklärung verspätet, so ist sie als einseitige nicht mehr wirksam, jedoch, wenn der Privatgläubiger und der ausscheidende Gesellschafter einwilligen, für zulässig zu erachten (§ 131 Anm. III).

II. **Fortsetzung der Gesellschaft nach Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters.** Durch Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters wird die Gesellschaft in der Regel sofort aufgelöst (§ 131 Anm. I e). Bestimmt jedoch der Gesellschaftsvertrag, daß in diesem Fall die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so wird sie nicht aufgelöst; nur scheidet der in Konkurs gefallene Gesellschafter sofort aus (§ 138). Ist im Gesellschaftsvertrag eine solche Bestimmung nicht enthalten, so kann dennoch (gemäß in § 141 Abs. 2 neu aufgenommener Bestimmung) die erfolgte Auflösung durch Beschluß der übrigen Gesellschafter und eine demgemäß dem Konkursverwalter mitgeteilte Erklärung (BGB. §§ 130 ff.) rückgängig gemacht werden insoweit, daß nur der in Konkurs gefallene Gesellschafter ausscheidet, die bisherige Gesellschaft aber von den bisherigen Gesellschaftern fortgesetzt wird. Der Fall des § 141 Abs. 2 unterscheidet sich mithin — ohne daß dies in der Fassung zur Erscheinung kommt — von dem Fall des Abs. 1 dadurch, daß im Abs. 1 ein Beschluß vor Auflösung, im Abs. 2 ein Beschluß nach Auflösung vorausgesetzt ist. Die Rückgängigmachung hat im Verhältnis der übrigen Gesellschafter zum ausscheidenden Gesellschafter und dessen Konkursmasse rückwirkende Kraft. Das Ausscheiden gilt daher als mit der Konkurseröffnung erfolgt (§ 141 Abs. 2), für die Auseinandersetzung ist jener Zeitpunkt zu grund zu legen, und die Gesellschaft gilt als niemals aufgelöst gewesen, so daß dem Konkursverwalter auch nicht das Recht aus § 145 Abs. 2 zusteht. Eine Frist für Abgabe der Erklärung ist nicht vorgesehen. Man wird entsprechend die Vorschriften über Wahlforderungen (BGB. §§ 262 ff.) anzuwenden haben. Die übrigen Gesellschafter sind für verpflichtet zu erachten, mit möglichster Beschleunigung ihr Wahlrecht auszuüben. Der Verwalter wird sie zunächst auffordern können, unverzüglich die Auflösung der Gesellschaft zum Handelsregister anzumelden. Tun sie dies nicht, so geraten sie in Verzug, und der Verwalter wird ihnen nunmehr gemäß BGB. § 264 Abs. 2 eine angemessene Frist setzen können, nach deren fruchtlosem Ablauf ihr Recht aus § 141 Abs. 2 HGB. erloschen ist. Staub Anm. 4 und Goldmann Nr. 10 lassen weitergehend das Fortsetzungsrecht erlöschen, wenn — auch ohne Aufforderung des Konkursverwalters — der Fortsetzungswille nicht unverzüglich erklärt wird.

III. Gesellschaft von zwei Gesellschaftern (§ 142).

§ 142.

Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

Macht bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft ein Privat-

gläubiger des einen Gesellschafters von der ihm nach § 135 zustehenden Befugniß Gebrauch oder wird über das Vermögen des einen Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft in der bezeichneten Weise zu übernehmen.

Auf die Auseinandersetzung finden die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 129. **Entw. II** § 140.

I. **Recht auf Übernahme statt Ausschließung.**

a. **Voraussetzungen.** Zur Übernahme müssen vorliegen:

1. die Voraussetzungen der Ausschließung, vgl. § 140 Anm. Ib, c;
2. der Antrag des übernahmeberechtigten Gesellschafters, vgl. § 140 Anm. IIa;
3. gerichtliche Entscheidung, vgl. § 140 Anm. IIb. Eine Erklärung des Berechtigten braucht zum rechtskräftigen Urteil nicht mehr hinzuzukommen (Staub Anm. 2, Goldmann Nr. 6; dagegen unsere 12. Aufl., abweichend auch Lehmann Nr. 2); die Abweichung der Fassung des § 142 Abs. 1 („kann für berechtigte erklärt werden") von derjenigen des § 140 Abs. 1 („kann ausgesprochen werden") ist wohl eine unbeabsichtigte.

b. **Abweichende Vereinbarungen.** Vgl. § 140 Anm. IV. Die Bestimmung des Abs. 1 ist ausschließbar durch Gesellschaftsvertrag (KG. 7 X 01 OLGRspr. **3** 343).

II. **Recht auf Übernahme bei Kündigung eines Privatgläubigers oder Konkurs eines Gesellschafters.** In diesen beiden Fällen wird das Recht ohne gerichtliches Verfahren durch einfache Erklärung ausgeübt. Bezüglich derselben und der Zeit, binnen welcher sie abzugeben ist, gilt das Gleiche wie bezüglich der Erklärung in den beiden entsprechenden Fällen des § 141 (§ 141 Anm. I, II).

III. **Auflösung der Gesellschaft** (§ 131 Anm. II) tritt infolge einer gemäß Anm. I a 3 ergangenen Entscheidung und trotz einer gemäß Anm. II abgegebenen Erklärung ein (§ 131 Anm. Ib). Dennoch finden in einigen Beziehungen nicht die Regeln über Auflösung Anwendung, sondern diejenigen über Ausscheiden eines Gesellschafters (§ 138 Anm. III) sind entsprechend anwendbar. So bezüglich der Auseinandersetzung nach § 142 Abs. 3. So wohl auch bezüglich Fortführung der Firma (unten Anm. IV).

IV. **Geschäftsübernahme.** Übernommen wird das Geschäft (§ 22 Anm. Id 1) mit Aktiven und Passiven, also einschließlich der Sachenrechte und Forderungsrechte, die der bisherigen Gesellschaft zustanden, andererseits aber auch ihrer Verpflichtungen (§ 25 Anm. III**a**). Ob auch die Firma übergeht, ist im § 142 nicht ausgesprochen, folgt jedoch aus § 24, da dort unter „Ausscheiden aus einer Gesellschaft" die Fortführung des Geschäfts durch einen der früheren Gesellschafter als Einzelkaufmann mitbegriffen ist (§ 24 Anm. IIa). Folge des Rechts auf Geschäftsübernahme ist daher auch das Recht zur Fortführung der Firma. War jedoch der Name des Ausscheidenden in der Firma enthalten, so bedarf es zur Fortführung der Firma seiner ausdrücklichen Einwilligung (§ 24 Anm. IIb 2). Auch in den Fällen des § 142 Abs. 2 steht — bei Zugrundelegung der herrschenden Meinung (§ 17 Anm. IIIb 4) — das Recht der Einwilligung zur Firmenfortführung nicht etwa dem Privatgläubiger oder dem Konkursverwalter, sondern dem ausscheidenden Gesellschafter zu. Gleichgültig, ob die Firma fortgeführt wird oder nicht, haftet der Übernehmer gegenüber Dritten für die bisherigen Geschäftsverbindlichkeiten, da gemäß § 142 Abs. 1 in einer derartigen Geschäftsübernahme ein besonderer Verpflichtungsgrund (§ 25 Abs. 2) bezüglich der Passiva liegt. Das Eigentum der bisherigen Gesellschaftssachen und die Geschäftsforderungen gehen ohne besondere Übertragungshandlung auf den Übernehmer über (HGB. § 142 Abs. 3, BGB. § 738 Satz 1; ebenso Staub Anm. 2, Goldmann Nr. 15; dagegen Lehmann Nr. 4; zweifelnd KG. 17 II 02 EntschFG. **3** 100 KGJ. **24** A 113).

V. **Auseinandersetzung.** Vgl. § 138 Anm. IV. Für den Zeitpunkt, der für die Auseinandersetzung maßgebend, ist im Fall des § 142 Abs. 1 der § 140 Abs. 2 entsprechend anzuwenden (RG. **56** 18); es kommt also auf den Zeitpunkt der Klageerhebung an (dagegen ohne

I. **Fortsetzung der Gesellschaft nach Kündigung durch den Privatgläubiger.** Durch die Kündigung wird die Gesellschaft zum Ende des Geschäftsjahrs aufgelöst (§ 135 Anm. Va). Die Auflösung kann abgewendet werden durch einen ausdrücklichen Beschluß der übrigen Gesellschafter (§ 119), der vor der Zeit, zu welcher die Auflösung eintreten soll, dem Gläubiger mitgeteilt sein muß (BGB. §§ 130ff.). Diese Erklärung wirkt auch gegenüber dem Gesellschafter, dessen Gläubiger gekündigt hat. Ist die Erklärung rechtzeitig erfolgt, so besteht die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fort (§ 131 Anm. III), und der Gesellschafter, dessen Gläubiger gekündigt hatte, scheidet aus (§ 138 Anm. III) zu dem Zeitpunkt, zu welchem zulässigerweise gekündigt ist (§ 135 Anm. IV). Für die Auseinandersetzung (§ 138 Anm. IV) ist dieser Zeitpunkt zu grund zu legen. Erfolgt die Erklärung verspätet, so ist sie als einseitige nicht mehr wirksam, jedoch, wenn der Privatgläubiger und der ausscheidende Gesellschafter einwilligen, für zulässig zu erachten (§ 131 Anm. III).

II. **Fortsetzung der Gesellschaft nach Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters.** Durch Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters wird die Gesellschaft in der Regel sofort aufgelöst (§ 131 Anm. Ie). Bestimmt jedoch der Gesellschaftsvertrag, daß in diesem Fall die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so wird sie nicht aufgelöst; nur scheidet der in Konkurs gefallene Gesellschafter sofort aus (§ 138). Ist im Gesellschaftsvertrag eine solche Bestimmung nicht enthalten, so kann dennoch (gemäß in § 141 Abs. 2 neu aufgenommener Bestimmung) die erfolgte Auflösung durch Beschluß der übrigen Gesellschafter und eine demgemäß dem Konkursverwalter mitgeteilte Erklärung (BGB. §§ 130ff.) rückgängig gemacht werden insoweit, daß nur der in Konkurs gefallene Gesellschafter ausscheidet, die bisherige Gesellschaft aber von den bisherigen Gesellschaftern fortgesetzt wird. Der Fall des § 141 Abs. 2 unterscheidet sich mithin — ohne daß dies in der Fassung zur Erscheinung kommt — von dem Fall des Abs. 1 dadurch, daß im Abs. 1 ein Beschluß vor Auflösung, im Abs. 2 ein Beschluß nach Auflösung vorausgesetzt ist. Die Rückgängigmachung hat im Verhältnis der übrigen Gesellschafter zum ausscheidenden Gesellschafter und dessen Konkursmasse rückwirkende Kraft. Das Ausscheiden gilt daher als mit der Konkurseröffnung erfolgt (§ 141 Abs. 2), für die Auseinandersetzung ist jener Zeitpunkt zu grund zu legen, und die Gesellschaft gilt als niemals aufgelöst gewesen, so daß dem Konkursverwalter auch nicht das Recht aus § 145 Abs. 2 zusteht. Eine Frist für Abgabe der Erklärung ist nicht vorgesehen. Man wird entsprechend die Vorschriften über Wahlforderungen (BGB. §§ 262ff.) anzuwenden haben. Die übrigen Gesellschafter sind für verpflichtet zu erachten, mit möglichster Beschleunigung ihr Wahlrecht auszuüben. Der Verwalter wird sie zunächst auffordern können, unverzüglich die Auflösung der Gesellschaft zum Handelsregister anzumelden. Tun sie dies nicht, so geraten sie in Verzug, und der Verwalter wird ihnen nunmehr gemäß BGB. § 264 Abs. 2 eine angemessene Frist setzen können, nach deren fruchtlosem Ablauf ihr Recht aus § 141 Abs. 2 HGB. erloschen ist. Staub Anm. 4 und Goldmann Nr. 10 lassen weitergehend das Fortsetzungsrecht erlöschen, wenn — auch ohne Aufforderung des Konkursverwalters — der Fortsetzungswille nicht unverzüglich erklärt wird.

III. Gesellschaft von zwei Gesellschaftern (§ 142).

§ 142.

Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

Macht bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft ein Privat-

gläubiger des einen Gesellschafters von der ihm nach § 135 zustehenden Befugniß Gebrauch oder wird über das Vermögen des einen Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft in der bezeichneten Weise zu übernehmen.

Auf die Auseinandersetzung finden die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 129. **Entw. II** § 140.

I. **Recht auf Übernahme statt Ausschließung.**

a. **Voraussetzungen.** Zur Übernahme müssen vorliegen:
1. die Voraussetzungen der Ausschließung, vgl. § 140 Anm. Ib, c;
2. der Antrag des übernahmeberechtigten Gesellschafters, vgl. § 140 Anm. IIa;
3. gerichtliche Entscheidung, vgl. § 140 Anm. IIb. Eine Erklärung des Berechtigten braucht zum rechtskräftigen Urteil nicht mehr hinzuzukommen (Staub Anm. 2, Goldmann Nr. 6; dagegen unsere 12. Aufl., abweichend auch Lehmann Nr. 2); die Abweichung der Fassung des § 142 Abs. 1 („kann für berechtigte erklärt werden") von derjenigen des § 140 Abs. 1 („kann ausgesprochen werden") ist wohl eine unbeabsichtigte.

b. **Abweichende Vereinbarungen.** Vgl. § 140 Anm. IV. Die Bestimmung des Abs. 1 ist ausschließbar durch Gesellschaftsvertrag (KG. 7 X 01 OLGRspr. **3** 343).

II. **Recht auf Übernahme bei Kündigung eines Privatgläubigers oder Konkurs eines Gesellschafters.** In diesen beiden Fällen wird das Recht ohne gerichtliches Verfahren durch einfache Erklärung ausgeübt. Bezüglich derselben und der Zeit, binnen welcher sie abzugeben ist, gilt das Gleiche wie bezüglich der Erklärung in den beiden entsprechenden Fällen des § 141 (§ 141 Anm. I, II).

III. **Auflösung der Gesellschaft** (§ 131 Anm. II) tritt infolge einer gemäß Anm. I a 3 ergangenen Entscheidung und trotz einer gemäß Anm. II abgegebenen Erklärung ein (§ 131 Anm. Ih). Dennoch finden in einigen Beziehungen nicht die Regeln über Auflösung Anwendung, sondern diejenigen über Ausscheiden eines Gesellschafters (§ 138 Anm. III) sind entsprechend anwendbar. So bezüglich der Auseinandersetzung nach § 142 Abs. 3. So wohl auch bezüglich Fortführung der Firma (unten Anm. IV).

IV. **Geschäftsübernahme.** Übernommen wird das Geschäft (§ 22 Anm. Id 1) mit Aktiven und Passiven, also einschließlich der Sachenrechte und Forderungsrechte, die der bisherigen Gesellschaft zustanden, andererseits aber auch ihrer Verpflichtungen (§ 25 Anm. III a). Ob auch die Firma übergeht, ist im § 142 nicht ausgesprochen, folgt jedoch aus § 24, da dort unter „Ausscheiden aus einer Gesellschaft" die Fortführung des Geschäfts durch einen der früheren Gesellschafter als Einzelkaufmann mitbegriffen ist (§ 24 Anm. IIa). Folge des Rechts auf Geschäftsübernahme ist daher auch das Recht zur Fortführung der Firma. War jedoch der Name des Ausscheidenden in der Firma enthalten, so bedarf es zur Fortführung der Firma seiner ausdrücklichen Einwilligung (§ 24 Anm. IIb 2). Auch in den Fällen des § 142 Abs. 2 steht — bei Zugrundelegung der herrschenden Meinung (§ 17 Anm. IIIb 4) — das Recht der Einwilligung zur Firmenfortführung nicht etwa dem Privatgläubiger oder dem Konkursverwalter, sondern dem ausscheidenden Gesellschafter zu. Gleichgültig, ob die Firma fortgeführt wird oder nicht, haftet der Übernehmer gegenüber Dritten für die bisherigen Geschäftsverbindlichkeiten, da gemäß § 142 Abs. 1 in einer derartigen Geschäftsübernahme ein besonderer Verpflichtungsgrund (§ 25 Abs. 2) bezüglich der Passiva liegt. Das Eigentum der bisherigen Gesellschaftssachen und die Geschäftsforderungen gehen ohne besondere Übertragungshandlung auf den Übernehmer über (HGB. § 142 Abs. 3, BGB. § 738 Satz 1; ebenso Staub Anm. 2, Goldmann Nr. 15; dagegen Lehmann Nr. 4; zweifelnd KG. 17 II 02 EntschFG. **3** 100 KGJ. **24** A 113).

V. **Auseinandersetzung.** Vgl. § 138 Anm. IV. Für den Zeitpunkt, der für die Auseinandersetzung maßgebend, ist im Fall des § 142 Abs. 1 der § 140 Abs. 2 entsprechend anzuwenden (RG. **56** 18); es kommt also auf den Zeitpunkt der Klageerhebung an (dagegen ohne

Begründung RG. 56 18). — In den Fällen des § 142 Abs. 2 ist der für die Auseinandersetzung maßgebende Zeitpunkt derselbe, welcher bei Kündigung des Privatgläubigers oder Konkurs eines Gesellschafters in den Fällen des § 141 Abs. 1 und 2 maßgebend wäre (zust. Staub Anm. 5, Goldmann Nr. 17, 18).

VI. **Freiwilliges Ausscheiden aller Gesellschafter bis auf einen.** Der § 142 ist nicht entsprechend anwendbar auf eine Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft, wonach alle außer einem ausscheiden und der Verbleibende das Geschäft fortsetzt (OLG. Hamburg 19 VI 01 KGJ. 22 D 24). In solchem Fall findet keine Gesamtnachfolge statt (KG. 17 XI 02 EntschFG. 3 185 OLGRspr. 6 353, 4 VIII 04 OLGRspr. 9 254, OLG. Dresden 19 V 03 OLGRspr. 9 255). Namentlich sind zur Übertragung der einzelnen Gesellschaftssachen auf den Fortsetzenden besondere Übertragungshandlungen erforderlich. So auch Auflassung des Gesellschaftsgrundstücks (OLG. Hamburg 19 VI 01 KGJ. 22 D 24 OLGRspr. 3 34, KG. 17 II 02 EntschFG. 3 97 KGJ. 24 A 112, 4 VIII 04 OLGRspr. 9 254, OLG. Dresden 19 V 03 OLGRspr. 9 255; dagegen auf Grund der älteren Rechtsprechung RG. 14 X 98 GruchotsBeitr. 43 202; vgl. § 124 Anm. IIb). Abgesehen davon, daß keine Gesamtnachfolge stattfindet, sind, wenn der verbleibende Gesellschafter die Aktiven und Passiven übernommen hat und über die Abrechnung nichts vereinbart ist, die §§ 738—740 BGB. (HGB. § 138 Anm. IV) auch auf diesen Fall entsprechend anzuwenden (so für BGB. § 740: RG. 56 19). Über die rechtliche Beurteilung eines solchen Auseinandersetzungsvertrages vgl. § 158 Anm. I. Über den Firmenerwerb vgl. § 24 Anm. II. Über Notwendigkeit erneuter Anmeldung mit Firmenzeichnung vgl. § 31 Anm. Ic, IV. Über Zulässigkeit der Rückverwandlung einer so aufgelösten, aber noch nicht durch vollendete Auseinandersetzung vollbeendigten Gesellschaft in die frühere Gesellschaft durch Beschluß der früheren Gesellschafter vgl. § 131 Anm. IIIb. Wie die Vertragsbestimmung, daß „die Gesellschaft fortbestehen solle", auszulegen, wenn alle bis auf einen Gesellschafter freiwillig oder durch Tod ausscheiden, vgl. § 138 Anm. VI.

IV. Anmeldung von Auflösung und Ausscheiden (§ 143).

§ 143.

Die Auflösung der Gesellschaft ist, wenn sie nicht in Folge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft eintritt, von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Das Gleiche gilt von dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft.

Ist anzunehmen, daß der Tod eines Gesellschafters die Auflösung oder das Ausscheiden zur Folge gehabt hat, so kann, auch ohne daß die Erben bei der Anmeldung mitwirken, die Eintragung erfolgen, soweit einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen.

ADH. Art. 129. **Entw. I** § 130. **Entw. II** § 141.

I. **Anzumeldende Tatsachen** sind die Auflösung der Gesellschaft (§ 131 Anm. II) und das Ausscheiden eines Gesellschafters (§ 138 Anm. III). Die Auflösung ist nur dann nicht anzumelden, wenn sie durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft erfolgt; die Eintragung der Konkurseröffnung hat von Amts wegen zu erfolgen gemäß HGB. §§ 32, 6, KO. § 112. Über die Anmeldung des Erlöschens der Firma bestimmt nicht § 143 (KGJ. 4 40), sondern §§ 31, 157. Die Firma kann erlöschen ohne Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden eines Gesellschafters, sie kann andererseits auch fortbestehen trotz Auflösung der Gesellschaft. Das etwaige Erlöschen der Firma ist auch nach erfolgter Beendigung des Konkursverfahrens anzumelden. Über sonstige anzumeldende Tatsachen vgl. § 107 Anm. I, II. Der § 143 findet selbst dann Anwendung, wenn die offene Handelsgesellschaft nicht eingetragen war (ROH. 23 227, RG. 11 II 02 JW. 172 [36], OLG. Breslau 23 X 02 OLGRspr. 6 26, KG. 28 III 03 KGBl. 60; vgl. entsprechend § 31 Anm. Ia). Ist die nichteingetragene Gesell=

schaft nach außen wirksam geworden, so ist ein Gesellschafter dem anderen zur Mitwirkung bei Anmeldung der Eintragung und Auflösung selbst dann verpflichtet, wenn die Gesellschafter untereinander vereinbart haben, daß die Gesellschaft so aufgelöst sein solle, als sei sie gar nicht eingegangen worden (ROH. 22 206). — Scheidet ein Gesellschafter durch Tod aus, und tritt ein Erbe an seine Stelle als Gesellschafter, so sind beide Tatsachen anzumelden (RG. 4 83). Tritt durch das Ausscheiden eines Gesellschafters gleichzeitig eine Auflösung ein, so sind beide Tatsachen anzumelden; die Anmeldung der zweiten ist nur dann entbehrlich, wenn sie nach den Umständen des Falles für jeden erkennbar aus der ersten folgt (ROH. 21 193). Auch die Ausschließung bewirkt ein Ausscheiden (§ 140 Anm. III a), das anzumelden ist (ROH. 2 172).

II. **Anmeldungspflichtige** sind die sämtlichen bisherigen Gesellschafter, auch der ausgeschiedene (D. 102). An die Stelle eines Verstorbenen treten dessen Erben (D. 102, ROH. 21 373). Für den Fall des Todes gibt § 143 Abs. 3 eine Erleichterung, wenn infolge desselben eine Auflösung (§ 131 Nr. 4) oder ein Ausscheiden (§ 138, § 139 Abs. 2) stattfindet; nicht auch, wenn die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt wird (§ 139 Abs. 1), also ohne Auflösung (§ 131 Anm. I i) nur eine Änderung der Gesellschafter und möglicherweise eine Beschränkung der Haftung eintritt. Im Fall des § 139 Abs. 1 ist die eingetretene Änderung gemäß §§ 31, 107, 162 Abs. 3 anzumelden. — Über die Erzwingung der Mitwirkung eines zur Anmeldung Mitverpflichteten vgl. § 16. Melden gemäß § 143 Abs. 3 nur die überlebenden Gesellschafter an, so hat der Richter — abweichend von der Regel (§ 12 Anm. VI a 2) auch, wenn kein besonderer Anlaß zu Zweifeln vorliegt — zu prüfen, ob die von den Anmeldenden behauptete Tatsache der Auflösung oder des Ausscheidens richtig ist; außerdem ist dem Richter das Vorliegen der besonderen Hindernisse darzutun (§ 12 Anm. VI a 3 δ).

III. **Form der Anmeldung.** Vgl. § 12.

IV. **Wirkung der Eintragung und der Nichteintragung.** Vgl. § 15. Sind die einzutragende Auflösung oder das einzutragende Ausscheiden nicht eingetragen und bekannt gemacht, so gilt im Verhältnis zu Dritten die aufgelöste Gesellschaft als noch bestehend und der ausgetretene Gesellschafter als noch ihr angehörig, es sei denn, daß dem Dritten jene Tatsachen bekannt waren; der Ausgeschiedene haftet z. B. noch für spätere seitens eines anderen früheren Gesellschafters namens der früheren Firma gemachte Bestellungen (KG. 28 III 03 KGBl. 60).

V. Fortsetzung nach Konkursaufhebung oder -einstellung (§ 144).

§ 144.

Ist die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen aufgelöst, der Konkurs aber nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt, so können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen.

Die Fortsetzung ist von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** § 142.

I. **Fortsetzung der Gesellschaft.** Durch Konkurseröffnung wird die Gesellschaft aufgelöst (§ 131 Anm. I c), und sie bleibt zunächst aufgelöst trotz Aufhebung oder Einstellung des Konkurses, selbst wenn infolge Abschluß eines Zwangsvergleichs die Aufhebung (KO. § 190) oder auf Antrag des Gemeinschuldners die Einstellung (KO. §§ 202, 203) erfolgt ist. Soll die Fortsetzung der Gesellschaft (§ 131 Anm. III) erfolgen, so kann dies nur auf Grund eines darauf gerichteten Beschlusses (§ 119) der sämtlichen bisherigen Gesellschafter (bzw. ihrer Erben) geschehen, wie ein solcher Beschluß auch in anderen Fällen bereits erfolgter Auflösung zulässig ist (§ 131 Anm. III b). Eine Zeitbegrenzung für die Zulässigkeit eines solchen Beschlusses ist nirgends bestimmt. Einem Beschluß steht gleich die tatsächliche Fortsetzung mit Zustimmung aller Gesellschafter (vgl. nach früherem Recht RG. 28 134). Die fort-

gesetzte Gesellschaft haftet für die im Zwangsvergleich vereinbarte Vergleichssumme (RG. 28 133). — Für die AG. vgl. § 307 Abs. 2.

II. **Anmeldung.** Anmeldungspflichtig sind sämtliche bisherige Gesellschafter (vgl. § 143 Anm. II). Über die Form der Anmeldung bestimmt § 12.

Fünfter Titel.

Liquidation der Gesellschaft.

§ 145.

Notwendigkeit der Liquidation.

Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart oder über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.

Ist die Gesellschaft durch Kündigung des Gläubigers eines Gesellschafters oder durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so kann die Liquidation nur mit Zustimmung des Gläubigers oder des Konkursverwalters unterbleiben.

ADH. Art. 133. **Entw. I** § 131. **Entw. II** § 143.

I. **Auflösung der Gesellschaft.**

a. **Auflösung.** Vgl. § 131 Anm. II. Dies bildet den Gegensatz einerseits zur Fortsetzung der Gesellschaft (§ 131 Anm. III), andererseits zum Ausscheiden eines Gesellschafters (§ 138 Anm. III). Bei Fortsetzung findet keine Auseinandersetzung, bei Ausscheiden eine andere Art der Auseinandersetzung (§ 138 Anm. IV), in beiden Fällen aber keine Liquidation statt. Auch bei Auflösung durch Übereinkunft findet Liquidation statt. In der Übereinkunft, daß im inneren Verhältnis die Gesellschaft so aufgelöst sein solle, als habe sie nie bestanden, liegt indessen die zulässige Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung (ROH. 22 204). Die Auflösung setzt ein früheres Vorhandensein der Gesellschaft voraus; keine Auflösung liegt daher vor bei ursprünglicher Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages; in letzterem Fall sind daher bei der oHG. die Grundsätze über Aufhebung einer Gemeinschaft (BGB. §§ 752 ff.) anwendbar (Marcus KGBl. 99 77).

b. **Gesellschaft.** Ein solche ist auch die nichteingetragene Gesellschaft (§ 105 Anm. Ik): das Recht auf Liquidation ist unabhängig davon, ob die Gesellschaft eingetragen ist, oder ob die Auflösung noch eingetragen werden kann (ROH. 22 204). Bei einem Einzelkaufmann findet ein besonderes, der „Liquidation" entsprechendes Abwickelungsverfahren nicht statt (RG. 1 265, HAG. Nürnberg 28 V 69 ZHR. 21 525). Ebensowenig bei der gemeinbürgerlichen Gesellschaft (BGB. § 730). Die in § 145 zugelassene Ausnahme einer Vereinbarung der Gesellschafter über eine andere Art der Auseinandersetzung gilt nicht für alle Handelsgesellschaften.

II. **Liquidation.**

a. **Notwendigkeit.** Die Liquidation bildet das als Regel eintretende Verfahren für die erforderliche Abwickelung. Daß nach Auflösung der Gesellschaft die Liquidation vorgenommen werde, ist ein unentziehbares Recht jedes einzelnen Gesellschafters; aber die Gesellschaftsgläubiger können bei der offenen Handelsgesellschaft die Vornahme nicht fordern (D. 103); die Liquidation dient bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft nicht zur Sicherung der Gläubiger (ROH. 24 146, 25 277); vielmehr kann — unbeschadet etwaiger Anfechtungsrechte im Konkurs oder außerhalb, und unbeschadet der Ansprüche der Gläubiger gegen die einzelnen Gesellschafter — gemäß Vereinbarung der Beteiligten auch

schon vor Befriedigung der Gläubiger eine Verteilung des Gesellschaftsvermögens erfolgen (ROH. 25 277), soweit hierin nicht etwa eine strafbare Beiseiteschaffung (StGB. § 288) liegt. — Der einzelne Gesellschafter hat kein Recht auf Liquidation, wenn sie gegenstandslos wäre, z. B. wenn Aktivvermögen nicht vorhanden ist und die Einlagen voll geleistet sind (RG. 40 31). — Solange nicht die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben oder Konkurs eröffnet ist, tritt die Liquidation als unmittelbare gesetzliche Folge der Auflösung ein, auch ohne einen ausdrücklich darauf gerichteten Willen der Gesellschafter (RG. 25 257, Cosack HR. § 109 III 2, Staub Anm. 6, Lehmann Nr. 2; dagegen Goldmann Nr. 13; dahingestellt ROH. 25 280; vgl. § 148 Anm. Ia 1, § 158 Anm. I).

b. **Gegenstand** der Liquidation sind die Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten und die Beziehungen der Gesellschaft zu den einzelnen Gesellschaftern; nicht aber die etwa dann noch verbleibenden Ansprüche der Gesellschafter untereinander (§ 155 Anm. IVa). Ebensowenig die Tilgung der nach Verwendung des vorhandenen Gesellschaftsvermögens etwa noch verbleibenden Ansprüche Dritter gegen die Gesellschafter oder gegen bereits früher ausgeschiedene Gesellschafter auf Grund deren Gesamthaftung (§ 149 Anm. IId). Beendigung der Liquidation vgl. § 156 Anm. IV.

c. **Wirkung.** Durch den Eintritt der Liquidation werden an sich die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht geändert (P. 4543); namentlich tritt nicht eine vorzeitige Fälligkeit der Gesellschaftsschulden ein (§ 159 Abs. 3; ROH. 24 248, RG. 5 8, 9 14). Ebenso bleiben die Rechte der Gesellschaft unverändert (RG. 15 104, 16 2, 24 71). Erleidet jedoch durch den Fortfall der werbenden Seite der geschäftlichen Tätigkeit eine wesentliche Voraussetzung des Vertragsverhältnisses eine erhebliche Änderung, so wird hierdurch der Vertragsgegner zu vorzeitiger Lösung des Vertragsverhältnisses berechtigt (BGB. § 812 Abs. 1 Satz 2, RG. 5 8). So gilt z. B. im Zweifel eine im Gesellschaftsvertrag bewilligte Stundung des den Erben eines Gesellschafters herauszuzahlenden Auseinandersetzungsguthabens nur als für den Fall des Fortbestehens der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern bewilligt (ROH. 10 64). Über das Zurückbehaltungsrecht des Vertragsgegners aus BGB. § 321 bei einer nach Vertragsabschluß eingetretenen wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der oHG. vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. Ib 3. Auf bestehende Dienstverträge kommt bei Auflösung der dienstberechtigten Gesellschaft entsprechend dasjenige zur Anwendung, was für den Tod des Dienstberechtigten (§ 22 Anm. IIIh 2) gilt; der Vertrag wird nicht aufgelöst (RG. 24 72), außer wenn die Auflösung eine Unmöglichkeit fernerer Dienstleistung herbeiführt oder wenn der Dienstverpflichtete wegen etwa vorliegenden wichtigen Grundes kündigt. — Über die Frage, ob die Liquidationstätigkeit einen Gewerbebetrieb enthält, und mithin die Gesellschaft während Liquidation noch Kaufmann ist, § 1 Anm. IIc. Über die Prokura während Liquidation § 48 Anm. Ib. Über den Gerichtsstand während Liquidation § 156 Anm. III. Über die Firma während Liquidation vgl. § 153 Anm. I.

III. **Ausnahmen.**

a. **Vereinbarung der Gesellschafter über eine andere Art der Auseinandersetzung.**

1. Andere Art der Auseinandersetzung. Zum Beispiel durch Verkauf des Geschäfts und Teilung des Erlöses, durch Übertragung des Vermögens an einen Gesellschafter, durch Teilung in Natur, durch Umwandelung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, und dergleichen (D. 103). Als derartige Vereinbarung ist auch die Abrede anzusehen, daß die Gesellschaft so aufgelöst werden solle, als habe sie nie bestanden (ROH. 22 205). Die Überlassung des Geschäfts an einen Gesellschafter zur Fortführung enthält eine Vereinbarung über Ausschließung der Liquidation auch, wenn der Fortsetzende die Einziehung der Forderungen für gemeinsame Rechnung zu besorgen hat (RG. 43 135).

2. Zeitpunkt der Vereinbarung. Eine solche Vereinbarung kann bereits im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag für den Fall der Auflösung getroffen sein (OGH. Wien 2 I 95 ZHR. 46 509). Durch Vereinbarung kann auch eine begonnene Liquidation unterbrochen und die Abwickelung in anderer Weise beendigt oder die Fortsetzung der Gesellschaft (§ 131 Anm. III) beschlossen werden.

3. Gesellschafterkonkurs oder Gläubigerkündigung. Nach § 145 Abs. 2 genügt in zwei Fällen nicht die Vereinbarung der Gesellschafter, sondern muß die Zustimmung eines Dritten hinzutreten: bei Kündigung durch einen Gläubiger eines Gesellschafters (§ 135 Anm. Vb) die Zustimmung dieses Gläubigers, und bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters (§ 131 Anm. Ie) die Zustimmung des Konkursverwalters. Die D. 103 bemerkt: „Daß bei Auflösung der Gesellschaft durch Kündigung eines Privatgläubigers oder durch den Konkurs eines Gesellschafters die Liquidation nur unterbleiben kann, wenn auch der Gläubiger oder der Konkursverwalter zustimmen, bildet keine Ausnahme von der Regel (daß die Gesellschafter befugt sind, eine andere Art der Auseinandersetzung zu vereinbaren), da das Recht des Gläubigers oder Konkursverwalters, die Liquidation zu verlangen, sich nur als die Ausübung des dem Schuldner oder Gemeinschuldner zustehenden Rechts darstellt." Dies erscheint nicht zutreffend; vielmehr ist das dem Privatgläubiger und dem Verwalter eingeräumte Zustimmungsrecht als ein selbständiges Recht zum Schutz der Gläubiger anzusehen. Würde es sich hierbei nur um Ausübung des Rechts des Schuldners oder Gemeinschuldners handeln, so wäre, wie jener, auch der Privatgläubiger oder Konkursverwalter an eine vor der Pfändung oder Konkurseröffnung erfolgte Vereinbarung gebunden, was nicht der Fall ist (ebenso Lehmann Nr. 3, Goldmann Nr. 23; dagegen Staub Anm. 11). Allerdings ist § 145 Abs. 2 nicht anwendbar in dem Sonderfall, daß die übrigen Gesellschafter gemäß §§ 138, 141 die Gesellschaft fortsetzen; aber dann liegt überhaupt keine „Auflösung der Gesellschaft", sondern nur das „Ausscheiden eines Gesellschafters" vor. Bei Pfändung und Überweisung zur Einziehung an einen Privatgläubiger ist die Zustimmung des Privatgläubigers nicht für allein genügend zu erachten (ebenso Mosse Anm. 4, Staub Anm. 12), sondern außerdem die Einwilligung des Schuldners zu fordern, da dessen Verfügungsrecht in diesem Fall nur beschränkt, nicht aufgehoben wird. Anders wohl bei Überweisung an Zahlungsstatt (CPO. § 835 Abs. 2; vgl. jedoch HGB. § 146, wonach auch in diesem Fall der schuldende Gesellschafter Liquidator und Beteiligter ist) und jedenfalls bei Konkurs (KO. § 6; vgl. HGB. § 146 Abs. 3).

b. **Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft.** In diesem Fall findet die Abwickelung nicht nach den Regeln der Liquidation, sondern nach den Regeln über das Konkursverfahren statt. Nach Beendigung des Konkursverfahrens hat dann, wenn noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist und nicht Fortsetzung der Gesellschaft gemäß § 144 beschlossen wird, die Liquidation zu erfolgen (ROH. 16 289, RG. 40 31, Bolze 1 Nr. 1177).

§ 146.

Liquidatoren.

Die Liquidation erfolgt, sofern sie nicht durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist, durch sämmtliche Gesellschafter als Liquidatoren. Mehrere Erben eines Gesellschafters haben einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen.

Auf Antrag eines Betheiligten kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht erfolgen, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat; das Gericht kann in einem solchen Falle Personen zu Liquidatoren ernennen, die nicht zu den Gesellschaftern gehören. Als Betheiligter gilt außer den Gesellschaftern im Falle des § 135 auch der Gläubiger, durch den die Kündigung erfolgt ist.

Ist über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so tritt der Konkursverwalter an die Stelle des Gesellschafters.

ADH. Art. 133. **Entw. I** § 132. **Entw. II** § 144.

I. **Liquidatoren kraft Gesetz.**

a. **Die berufenen Personen.**

1. Regel. Als Regel gilt, daß sämtliche bisherige Gesellschafter Liquidatoren werden. Der (nicht in Konkurs befindliche) Gesellschafter, dessen Gläubiger die Gesellschaft gekündigt hat, bleibt selbst Liquidator; der Gläubiger ist weder an Stelle des Schuldners noch neben ihm zum Liquidator berufen (D. 103). Mit Eintritt der Liquidation werden — mangels anderer Bestimmungen, Anm. II, III — sämtliche Gesellschafter als „Liquidatoren" gesamtgeschäftsführend und gesamtvertretungsberechtigt — die Unterschiede zwischen den ehemals geschäftsführenden oder vertretungsberechtigten und den ehemals von der Geschäftsführung oder von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschaftern dauern nicht fort soweit jene künftig als Liquidatoren handeln (P. 1028, 1051, ROH. 7 71, Begründung 87 zum GmbHG.). Über die Frage, ob sie fortdauern, insoweit die Gesellschafter auch künftig als Gesellschafter handeln, vgl. § 156 Anm. Ib 5, II 3. Inwieweit solche Unterschiede neu für die Liquidatoren eingeführt werden können, vgl. § 150 Anm. I—III.

2. Ausnahmen: Geschäftsunfähigkeit, Konkurs, Tod eines Gesellschafters. An die Stelle eines geschäftsunfähig gewordenen Gesellschafters tritt dessen Vertreter (P. 250, 1011; die im Art. 133 ADH. hierauf bezüglichen Worte „oder deren Vertreter" sind wohl als überflüssig fortgelassen). An die Stelle eines in Konkurs verfallenen Gesellschafters tritt der Konkursverwalter (§ 146 Abs. 3), und zwar gleichgültig, ob die Konkurseröffnung vor oder nach Beginn der Liquidation stattgefunden hat. An die Stelle eines (vor oder nach Liquidationsbeginn, P. 4529) verstorbenen Gesellschafters treten (als Liquidatoren) nicht dessen Erben, sondern ein von diesen gemeinsam zu bestellender Vertreter. Wird der Vertreter nicht bestellt, so können nicht etwa die übrigen Gesellschafter allein als Liquidatoren handeln, sondern die Unausführbarkeit der dem Gesetz entsprechenden Ordnung der Vertretungsmacht gibt nur einen wichtigen Grund zum Antrag auf Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht (Keyßner ZHR. **10** 335, zust. Staub Anm. 4, Goldmann Nr. 16). Der Vertreter der Erben ist für seine Person Liquidator, und nur er (ohne Andeutung eines Vertretungsverhältnisses), nicht die vertretenen Erben, sind als Liquidatoren einzutragen (zust. Staub Anm. 4, Goldmann Nr. 17). Für seine Handlungen (z. B. bei Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt) haftet er, nicht etwa die von ihm Vertretenen. Anders im Fall des Vertreters eines Geschäftsunfähigen, des Konkursverwalters oder eines sonstigen notwendigen Vertreters (vgl. RG. 2 32). Schwierigkeiten werden in diesen Fällen nur vermieden, wenn als Liquidator angesehen und eingetragen wird: „der Geschäftsunfähige A, vertreten durch B" bzw. (dagegen Goldmann Nr. 20) „die Konkursmasse des A, vertreten durch den Konkursverwalter B". Die Fassung des § 146 Abs. 3 steht nicht notwendig entgegen; wenn dort „der Konkursverwalter" genannt ist, so kann dies als Abkürzung von „die Konkursmasse, vertreten durch den Konkursverwalter" ausgelegt werden. D. 104 hebt nur zutreffend hervor, daß nicht der Gemeinschuldner Liquidator ist. Ist ein Nichtgesellschafter Liquidator, so hört er dadurch, daß über sein Vermögen Konkurs eröffnet wird, nicht auf, Liquidator zu sein (vgl. Bolze **1** Nr. 1189), und der Konkursverwalter tritt nicht an seine Stelle; in der Regel wird aber die Konkurseröffnung einen wichtigen Grund (unten Anm. III c) zur Entlassung des Liquidators bilden.

b. **Pflicht** zur Mitwirkung. Die nach dem Gesetz zu Liquidatoren Berufenen sind zur Mitwirkung bei der Liquidation nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet (ebenso Staub Anm. 5, Goldmann Anm. 11; dagegen Behrend § 81 Anm. 23). Dies folgt aus § 114 Abs. 1, § 156. Ähnlich bei den Vorarbeiten für die Auseinandersetzung bei Ausscheiden eines Gesellschafters (§ 138 Anm. IV b).

II. **Liquidatoren kraft Vertrag oder Beschluß.** Sowohl durch vertragliche Vereinbarung aller Gesellschafter (§ 109 Anm. II) wie durch Beschluß kann die gesetzliche Regel geändert werden. Für den Beschluß ist nicht notwendig Einstimmigkeit erforderlich (§ 119; ebenso Art. 128 Abs. 2 Pr. Entw. v. 1857, M. 71, Staub Anm. 1; abweichend Art. 133 ADH., P. 1012, Goldmann Nr. 1). Ein solcher Beschluß ist nicht einseitig widerrufbar (ROH. **20** 11). Zu Liquidatoren

können einzelne Gesellschafter oder Nichtgesellschafter oder gemeinsam einzelne Gesellschafter und Nichtgesellschafter ernannt werden. Eine etwa vorhandene Vertragsbestimmung kann nur durch Vertrag, nicht durch Beschluß, geändert werden. Eine Übertragung der Liquidation an Nichtgesellschafter kommt vor z. B. bei Übertragung an die Gesellschaftsgläubiger oder einen von diesen ernannten Ausschuß (ROH. 9 215). Eine Übertragung der Liquidation an einzelne Gesellschafter liegt nicht bereits in der Übertragung der Geschäftsführung (P. 989); mit Beginn der Liquidation erlischt vielmehr in der Regel eine etwaige ausschließliche Geschäftsführungsbefugnis (oben Anm. Ia 1). — Nicht der § 146 Abs. 1 Satz 2, sondern die allgemeinen Grundsätze über Vertretung der Erbengemeinschaft sind anwendbar auf den Fall, daß an Stelle eines verstorbenen Gesellschafters die Erben an einem hierauf bezüglichen Vertrag oder Beschluß mitzuwirken haben. Die durch Vertrag oder Beschluß Berufenen sind zur Mitwirkung nur verpflichtet, wenn sie sich hierzu vertraglich gebunden haben (Staub Anm. 2).

III. **Liquidatoren kraft gerichtlicher Ernennung.**

a. **Verfahren.**

1. Antrag. Der Antrag ist zulässig sowohl, wenn anderenfalls eine Berufung durch Gesetz, wie auch, wenn anderenfalls eine Berufung durch Vertrag oder Beschluß stattfinden würde. Er kann mit dem Antrag auf Abberufung von Liquidatoren (§ 147) verbunden werden. Der Antrag eines Beteiligten genügt (vgl. § 133 Anm. Ib). Der Antrag kann schon vor Beginn der Liquidation gestellt werden (Str. 57 53). Ebenso auch, nachdem bereits durch andere Liquidatoren eine Liquidation begonnen war (RG. 19 VII 04 OLGRspr. 9 261; vgl. § 147), solange nur die Liquidation nicht vollbeendigt (§ 156 Anm. IV) ist. Über die Bedeutung des „kann" vgl. § 140 Anm. IIb.
2. Art des Verfahrens. Der Antrag ist nicht im gewöhnlichen Streitverfahren durch Klage zu stellen (D. 103; gegenteilig nach früherem Recht RG. **13** 155, **45** 399), vielmehr gemäß dem in §§ 145, 146 FGG. (abgedruckt hinter § 16 HGB.) geordneten Verfahren durch formlosen Antrag an das für den Sitz (§ 106 Anm. I) der Gesellschaft zuständige Registergericht. Dieses hat die etwa vorhandenen Gegner (hier: die übrigen Beteiligten) tunlichst zu hören und demnächst durch Verfügung zu entscheiden, gegen welche, wenn der Antrag zurückgewiesen ist, der Antragsteller (FGG. § 20 Abs. 2), wenn dem Antrag stattgegeben ist, jeder, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt worden ist (FGG. § 20 Abs. 1), sofortige Beschwerde einlegen kann. Auch neben dem neu in FGG. §§ 145, 146 geordneten Verfahren ist, wie früher neben dem Verfahren durch Klage (RG. **29** 358, **30** 320), eine einstweilige Verfügung auf Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren zulässig (zust. Staub Anm. 8, Lehmann Nr. 3); denn in dem Verfahren nach FGG. soll tunlichst eine Anhörung des Gegners erfolgen, Verzögerungen sind also nicht ausgeschlossen. Das in CPO. § 937 erwähnte „Gericht der Hauptsache" ist dann dasjenige, welches auch für das Verfahren gemäß FGG. §§ 145, 146 zuständig wäre (RG. 12 X 01 JW. 754 [13], OLG. Dresden 2 V 02 OLGRspr. **5** 202).
3. Inhalt der gerichtlichen Anordnung. Wen das Gericht zum Liquidator ernennen will, unterliegt seinem Ermessen. So ist z. B. die ein gedeihliches Zusammenwirken ausschließende Feindseligkeit der bisherigen Gesellschafter ein genügender Anlaß, einen Unbeteiligten zum alleinigen Liquidator zu ernennen (Bolze **12** Nr. **504**, **21** Nr. 554). Die Befugnis des Gerichts ist — soweit es sich nicht um eine einstweilige Verfügung handelt — beschränkt auf die Ernennung (oder Abberufung) von Liquidatoren; das Gericht kann in dem durch FGG. §§ 145, 146 geordneten Verfahren nur betreffs der Personen der Liquidatoren bestimmte Anordnungen treffen, dagegen bestimmte Liquidationshandlungen weder verbieten noch anordnen (RG. **12** 34).
4. Dienstverhältnis der Ernannten. In der Ernennung eines Liquidators und deren Annahme liegt ein seitens des Gerichts namens der in Liquidation befindlichen Gesellschaft mit dem Liquidator abgeschlossener Dienstvertrag. Der Liquidator kann daher, falls er nicht durch Abkommen mit den Beteiligten eine bestimmte Vergütung bedingt, die übliche Vergütung verlangen (BGB. § 612), und zwar auch, wenn der Liquidator Gesellschafter ist. Der Anspruch des Liquidators auf Vergütung richtet sich gegen die Gesellschaft, nicht

gegen den Staat (vgl. RG. 43 63). Ein Streit über die Höhe der zu gewährenden Vergütung kann nicht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sondern muß durch Rechtsstreit ausgetragen werden (KG. 8 II 04 EntschFG. 4 144 KGJ. 27 A 222 OLGRspr. 8 256).

b. **Beteiligter** ist jeder Gesellschafter, jeder einzelne Erbe eines solchen (ebenso Hahn Art. 133 § 14, Staub Anm. 7, Goldmann Nr. 35) und jeder gesetzliche Vertreter eines Gesellschafters oder Erben (vgl. D. 103). Hat die Auflösung infolge Kündigung des Gläubigers eines Gesellschafters stattgefunden, so gehört sowohl der schuldende Gesellschafter wie der Gläubiger zu den Beteiligten (§ 146 Abs. 2 Satz 2). Während des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters ist nur der Konkursverwalter, nicht auch der Gemeinschuldner Beteiligter (§ 146 Abs. 3, D. 104, 105). Die Gläubiger der Gesellschaft gehören nicht zu den „Beteiligten" (§ 145 Anm. II a, b; abweichend für AG. § 302 Abs. 4).

c. **Wichtiger Grund.** Vgl. § 70 Anm. I, § 117 Anm. Ie, § 133 Anm. Id, § 140 Anm. Ib. Ein wichtiger Grund kann z. B. vorliegen, wenn der Aufenthalt einer nach Gesetz, Vertrag oder Beschluß zum Liquidator berufenen Person unbekannt ist, so daß nach der Regel des § 150 auch die übrigen Liquidatoren die Gesellschaft nicht vertreten könnten, wenn die Vertretung nicht anderweit geordnet würde. Ebenso, wenn durch den Gesellschaftsvertrag die Liquidation gerade demjenigen Gesellschafter übertragen ist, dessen unredliches Verfahren die Auflösung der Gesellschaft veranlaßt hat. Überhaupt, wenn gegen denjenigen, der als gesetzlicher Liquidator eintreten würde, ein durch frühere Pflichtwidrigkeiten (z. B. Firmenmißbrauch) begründetes Mißtrauen besteht (Str. 57 53). Über den Fall der Konkurseröffnung über das Vermögen des Liquidators vgl. oben Anm. Ia 2.

§ 147.

Abberufung von Liquidatoren.

Die Abberufung von Liquidatoren geschieht durch einstimmigen Beschluß der nach § 146 Abs. 2, 3 Betheiligten; sie kann auf Antrag eines Betheiligten aus wichtigen Gründen auch durch das Gericht erfolgen.

ADH. Art. 134. **Entw. I** § 133. **Entw. II** § 145.

I. **Abberufung von Liquidatoren.**

a. **Abberufung.** Der Abberufung steht gleich die Beschränkung der Vertretungsmacht (§ 150; nicht § 151), z. B. durch Widerruf der Macht zur Einzelvertretung, oder durch Ernennung eines ferneren Gesamtvertreters (ROH. 20 12, 21 142). Nach RG. 29 357 bleibt ein auch nur durch einstweilige Verfügung (vgl. § 146 Anm. III a 2) abberufener Liquidator abberufen, selbst wenn die einstweilige Verfügung demnächst aufgehoben wird — vorbehaltlich der zulässigen Wiedereinsetzung (RG. 30 321). Durch die Abberufung wird ein etwaiger Anspruch des abberufenen Liquidators auf die vertragsmäßige Vergütung nicht berührt (vgl. § 52 Anm. I b, ROH. 23 328).

b. **Liquidatoren.** Der § 147 findet auf jede Art von Liquidatoren Anwendung. Auch die vom Gericht ernannten Liquidatoren können daher durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten abberufen werden (ROH. 21 142).

II. **Einstimmiger Beschluß der Beteiligten.**

a. **Einstimmiger Beschluß.** Indem hier Einstimmigkeit vorgeschrieben wird, soll die Wirksamkeit von Vertragsabreden, die ein geringeres Erfordernis aufstellen (und demgemäß auch die Anwendbarkeit des § 119 Abs. 2), ausgeschlossen werden. In der Tat könnte sonst unter Umständen durch eine mit Mehrheit beschlossene sofortige Abberufung der Ernannten der durch § 146 Abs. 2 den Beteiligten gewährte Schutz vereitelt werden. Andererseits ist auch der Verzicht auf das Recht der Abberufung in der Regel unwirksam (ROH. 23 330; vgl. § 52 Anm. I a). Da einstimmiger Beschluß erforderlich, so kann ein Liquidator, der selbst Gesellschafter ist, nicht durch Beschluß der übrigen Gesellschafter abberufen werden (P. 4530, ROH. 20 13). — Denkbar ist, daß einer der Beteiligten gegenüber den anderen

aus besonderem Rechtsgrund zur Zustimmung verpflichtet ist. Dann ist eine dahingehende Klage zulässig, und die Zustimmung gilt als mit Rechtskraft des Urteils erklärt (CPO. § 894).

b. **Beteiligte.** Vgl. § 146 Anm. III b.

III. **Gerichtliche Verfügung aus wichtigem Grund.** Das Verfahren und seine Voraussetzungen entsprechen denjenigen bei Ernennung von Liquidatoren; hierüber vgl. § 146 Anm. III. Auch hier genügt der Antrag eines Beteiligten und das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Gegen das Interesse des Antragstellers an Abberufung ist — soweit nicht ein Sonderrecht des Antragstellers ernstlich gefährdet ist — das etwa vorhandene Interesse der übrigen Beteiligten an Nichtabberufung abzuwägen (RG. 29 354). Der Liquidator als solcher gehört nicht zu den Beteiligten (§ 146 Anm. III b), kann daher nicht bei dem Gericht auf seine Abberufung antragen (Goldmann Nr. 8; dagegen Staub Anm. 7). Ob und unter welchen Voraussetzungen er einseitig kündigen darf, hängt von dem zu grund liegenden Rechtsverhältnis ab, namentlich davon, ob er die Führung der Liquidation als eine auf dem Gesellschaftsvertrag beruhende Pflicht (§ 146 Anm. I b, § 117 Anm. II) oder unentgeltlich kraft Auftrags (BGB. § 671) oder entgeltlich auf Grund besonderen Dienstvertrags (§ 149 Anm. I a, BGB. §§ 620, 622, 626) übernommen hat. — Einen wichtigen Grund zur Abberufung des Liquidators bildet ein durch gewisse den Verdacht einer Pflichtvergessenheit oder Unredlichkeit rechtfertigende Vorkommnisse, begründetes Mißtrauen eines Gesellschafters gegen den Liquidator (ROH. 9 32; vgl. RG. 13 IV 97 JW. 291[14], Str. 57 53).

§ 148.

Anmeldung, Eintragung, Zeichnung.

Die Liquidatoren sind von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Das Gleiche gilt von jeder Aenderung in den Personen der Liquidatoren oder in ihrer Vertretungsmacht. Im Falle des Todes eines Gesellschafters kann, wenn anzunehmen ist, daß die Anmeldung den Thatsachen entspricht, die Eintragung erfolgen, auch ohne daß die Erben bei der Anmeldung mitwirken, soweit einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen.

Die Eintragung gerichtlich bestellter Liquidatoren sowie die Eintragung der gerichtlichen Abberufung von Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Die Liquidatoren haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

ADH. Art. 135. **Entw. I** § 134. **Entw. II** § 146.

I. **Anmeldung.**

a. **Anzumeldende Tatsachen.**

1. Die Liquidatoren, d. h. die Personen der ersten Liquidatoren (vgl. § 296); jedoch nur (§ 148 Abs. 2), wenn deren Berufung durch Gesetz, Vertrag oder Beschluß, nicht auch wenn sie durch das Gericht erfolgt ist. Entsprechend dem § 106 Abs. 2 Ziff. 1 ist anzunehmen, daß die Anmeldung den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Liquidators enthalten muß. — Die Liquidation beginnt nicht etwa erst mit der Anmeldung der Liquidatoren; auch die Eintragung der Liquidatoren hat nur die gewöhnliche erklärende Wirkung (§ 15 Anm. II a, ROH. 22 204). — Besteht zwischen den Anmeldungspflichtigen Streit darüber, wer die berufenen Liquidatoren sind, so kann das Registergericht gemäß FGG. § 127 den Anmeldungspflichtigen zunächst vor Erzwingung der Anmeldung eine Frist zur Einholung der Entscheidung des Prozeßgerichts setzen (vgl. ROH. 10 438).
2. Änderung in den Personen der Liquidatoren; jedoch nicht (§ 148 Abs. 2), wenn sie durch gerichtliche Verfügung gemäß § 147 erfolgt. Eine Änderung liegt auch vor, wenn einzelne Liquidatoren ausscheiden. Nicht auch, wenn ein ausscheidender Liquidator infolge

Neubestellung Liquidator bleibt (§ 234 Anm. I d 1). Die Anmeldung, daß alle bisherigen Liquidatoren ausscheiden, ohne gleichzeitige Anmeldung der an ihre Stelle tretenden Liquidatoren, ist als zulässig zu erachten. Allerdings sind dann die Gesellschafter zur sofortigen Anmeldung der neuen Liquidatoren, und nötigenfalls aller Gesellschafter als der gesetzlichen Liquidatoren, anzuhalten. Über die nach Beendigung der Liquidation erforderliche Anmeldung des Erlöschens der Firma vgl. § 157 Abs. 1.

3. Abweichungen von der Gesamtvertretungsmacht (§ 150 Abs. 1); jedoch nicht, wenn diese Abweichung auf richterlicher Verfügung beruht (§ 150 Anm. II c).
4. Änderung der Vertretungsmacht, d. h. Änderung einer gemäß § 150 Abs. 1 einzutragenden (wenn auch tatsächlich nicht eingetragenen, vgl. § 31 Anm. I a) Abweichung von der gesetzlichen Regel. Die Änderung der gesetzlichen Vertretungsmacht ist gemäß § 150 Abs. 1, nicht gemäß § 148 Abs. 1 einzutragen.

b. **Anmeldungspflichtige** sind die Gesellschafter (vgl. § 108 Anm. I, § 143 Anm. II). An die Stelle eines in Konkurs befindlichen Gesellschafters tritt der Konkursverwalter (ebenso Staub Anm. 3, Lehmann Nr. 2; dagegen Goldmann Nr. 8), da eine etwaige Auseinandersetzungsforderung des Gesellschafters zur Konkursmasse gehört, eine etwaige Auseinandersetzungsschuld eine Forderung gegen die Konkursmasse begründet. Auch nach Bestellung von Liquidatoren sind die in Anm. I a aufgeführten, demnächst anzumeldenden Tatsachen nicht von den Liquidatoren, sondern von den Gesellschaftern anzumelden. (Abweichend für Genossenschaften GenG. § 84, für Gesellschaften mit beschränkter Haftung GmbHG. § 67, für AGen. und KAGen. HGB. §§ 296, 320 Abs. 3, für rechtsfähige Vereine BGB. § 76 Abs. 2.) In der Regel müssen alle Gesellschafter anmelden. Ausnahmsweise kann — entsprechend der Bestimmung in § 143 Abs. 3 — von der Mitwirkung derjenigen („soweit") Erben eines (vor oder nach Liquidationsbeginn) verstorbenen Gesellschafters abgesehen werden, deren Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen. Nur dann jedoch, wenn der Richter Grund hat, anzunehmen, daß die Anmeldung den Tatsachen entspricht. Der Richter hat daher — abweichend von der Regel (§ 12 Anm. VI a 2) — die nicht von allen Verpflichteten angemeldeten Tatsachen auch, wenn besonderer Anlaß zu Zweifeln nicht vorliegt, sachlich auf ihre Richtigkeit zu prüfen; außerdem ist dem Richter das Vorliegen der „besonderen Hindernisse" darzutun (§ 12 Anm. VI a 3 δ). — Für andere als die in Anm. I a aufgeführten Tatsachen (z. B. Verlegung des Sitzes, Aufhebung einer Zweigniederlassung) besteht keine dem § 148 entsprechende Bestimmung, daß die Anmeldung durch die Gesellschafter zu erfolgen hat. Da eine Vertretung der liquidierenden Gesellschaft durch die Gesellschafter nur eine Ausnahme bildet, so ist anzunehmen, daß die Anmeldung derartiger Tatsachen den Liquidatoren obliegt (zust. Staub Anm. 7, Goldmann Nr. 19). Hiermit stimmt überein, daß nach § 157 Abs. 1 die Liquidatoren das Erlöschen der Firma nach Beendigung der Liquidation anzumelden haben.

c. **Wirkung der Anmeldung oder Nichtanmeldung.** Über die gegenüber Dritten eintretende Wirkung der Eintragung und Bekanntmachung oder Nichteintragung oder Nichtbekanntmachung bestimmt § 15 (vgl. ROH. 22 204); er ist anwendbar auch auf die von Amts wegen zu bewirkenden Eintragungen (§ 15 Anm. III a 2, b 2).

d. **Form.** Vgl. § 12 Anm. I.

II. **Eintragung.** Eintragung von Amts wegen ist neu (entsprechend dem § 76 Abs. 3 BGB.) vorgesehen bei richterlicher Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren. Erfolgt richterliche Abberufung ohne gleichzeitige richterliche Ernennung, so sind die Gesellschafter anzuhalten, die neuen Liquidatoren anzumelden.

III. **Zeichnung zur Aufbewahrung bei Gericht.** Vgl. § 108 Anm. II. Abweichend vom früheren Recht (KGJ. 1 15) ist die Zeichnung auch der Firma vorgeschrieben. Über die Art der Zeichnung bei Abgabe von Erklärungen für die Firma bestimmt § 153. Auch die gerichtlich ernannten Liquidatoren müssen zeichnen.

§ 149.

Geschäftskreis und Vertretungsmacht der Liquidatoren.

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen; zur Beendigung schwebender Geschäfte können sie auch neue Geschäfte eingehen. Die Liquidatoren vertreten innerhalb ihres Geschäftskreises die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.

ADH. Art. 137. **Entw. I** § 135. **Entw. II** § 147.

I. Liquidatoren; ihr Verhältnis zu den Gesellschaftern.
II. Geschäftskreis.
III. Geschäftsführung.
IV. Vertretungsmacht.

I. **Liquidatoren; ihr Verhältnis zu den Gesellschaftern.**

a. **Allgemeine Stellung.** Die Liquidatoren stehen zu den Gesellschaftern der offenen Handelsgesellschaft nicht in dem gleichen Verhältnis wie zu dem Vorstand einer AG. (D. 104). Wohl aber in nahezu gleichem Verhältnis zu den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft wie zu den Mitgliedern einer AG. Neben den Liquidatoren besteht die Vereinigung der Gesellschafter sowohl bei der offenen Handelsgesellschaft (Beschlüsse z. B. § 146 Abs. 1, §§ 147, 152; vgl. auch KO. § 211 Abs. 1) wie bei der AG. (z. B. § 295 Abs. 1, 3, § 298 Abs. 2, § 299 Abs. 2) fort. Ebenso stehen die Liquidatoren in nahezu gleichem Verhältnis zu den ehemals vertretungsermächtigten Gesellschaftern der offenen Handelsgesellschaft wie zu dem Vorstand einer AG.: die Liquidatoren treten vollständig an die Stelle sowohl der vertretungsermächtigten Gesellschafter (ROH. 10 357, 12 217; vgl. § 156 Anm. II 3, § 149 Anm. IV b) wie des Vorstandes. Während nach außen der Liquidator nicht Vertreter der Gesellschafter, sondern der Gesellschaft ist, hat er nach innen gegenüber den Gesellschaftern und den sonstigen Beteiligten im wesentlichen die Stellung eines mit Geschäftsführung und Vertretung (der Gesellschaft) Beauftragten (ROH. 23 330, RG. 13 IV 97 JW. 290[14]; dagegen ROH. 21 390; für die AG. vgl. § 298 Anm. II c); er ist indessen nicht unbedingt an Aufträge gebunden (§ 152 Anm. II). Möglich ist auch (aber nicht zu vermuten, RG. 23 XII 95 JW. 96 76[41]), daß der Liquidator in einem Dienstverhältnis zu den Beteiligten steht. Über Rechtsstreite zwischen Liquidatoren und Gesellschaft oder Gesellschaftern vgl. unten Anm. IV b. — Werden alle Aktiva einer sich auflösenden Gesellschaft auf einen Gesellschafter übertragen, und wird dieser Gesellschafter zugleich zum alleinigen Liquidator der Gesellschaft bestellt, so kann er bisherige Forderungen der Gesellschaft nur in eigenem Namen als Abtretungsempfänger, nicht wahlweise als Liquidator geltend machen (BGB. § 398 Satz 2; dagegen nach früherem Recht ROH. 21 128).

b. **Rechnungslegungspflicht.** Vgl. § 114 Anm. VI. Der Liquidator hat in der Regel erst nach Beendigung der Liquidation (§ 156 Anm. IV), oder doch nach Erledigung aller wesentlichen Liquidationsgeschäfte, Rechnung zu legen, aber schon vorher auf Verlangen Auskunft zu erteilen (BGB. § 666, ROH. 12 41, 25 167, 345, Bolze 3 Nr. 793, 4 Nr. 805; nach OLG. Karlsruhe 19 X 86 ZHR. 37 542 besteht auch während Liquidation der Anspruch jedes Beteiligten auf Rechnungslegung). Scheidet der Liquidator aus seinem Amt, so hat er Rechnung zu legen, auch wenn die Liquidation noch nicht beendet ist (ROH. 23 330).

II. **Geschäftskreis.**

a. **Beendigung der laufenden Geschäfte.** Weder die Rechte noch die Pflichten der Gesellschaft werden durch den Eintritt der Liquidation geändert; insbesondere tritt keine frühere Fälligkeit ein (§ 145 Anm. II c).

b. **Einziehung der Forderungen.**

1. Einziehung. Eine andere Verwertung von Forderungen, z. B. die entgeltliche Abtretung noch nicht einziehbarer Forderungen (vgl. BGB. §§ 731, 754), ist im Verhältnis der Liquidatoren zu den Gesellschaftern nicht zulässig („Umsetzung des übrigen

Vermögens"), auch wenn die Forderungen noch nicht fällig sind (dagegen RG. 44 84 für GenG. § 88, wo aber das Wort „übrige" fehlt), und auch wenn die Einziehung mit besonderer Schwierigkeit verknüpft ist (dagegen Staub Anm. 10, Goldmann Nr. 17); doch wird eine andere Art der Verwertung zulässig, wenn sämtliche Beteiligte zustimmen (unten Anm. III). Eine andere Art der Verwertung von Forderungen als die Verwertung durch Einziehung kann jedoch unter den Gesichtspunkt der Beendigung laufender oder der Eingehung neuer Geschäfte behufs Beendigung schwebender Geschäfte fallen (RG. 44 84); dann liegt auch diese Art der Verwertung innerhalb des Geschäftskreises der Liquidatoren. Geht die Forderung nicht auf Zahlung von Geld, sondern auf Übertragung von Sachen oder Rechten, so sind die Liquidatoren berechtigt, das Geschuldete einzuziehen und dann zu versilbern (RG. 44 84). Ist eine Forderung wertlos, so braucht ein Versuch der Einziehung nicht gemacht zu werden; das Vorhandensein einer solchen Forderung hindert ebensowenig wie das Übrigbleiben einer wertlosen Sache die Beendigung der Liquidation.

2. Forderungen an Gesellschafter. Einzuziehen sind auch Forderungen der Gesellschaft an einzelne Gesellschafter (Bolze 1 Nr. 1179); z. B. eine Forderung aus unbefugter Entnahme (OLG. Hamburg 17 I 94 ZHR. 46 512). Derartige Forderungen können auf ebenso verschiedenen Rechtsgründen beruhen, wie umgekehrt Forderungen eines Gesellschafters an die Gesellschaft (§ 128 Anm. II a). Diese Verschiedenheit hat keinen Einfluß auf das Recht zur Einziehung.

3. Einlageforderungen insbesondere. Einzuziehen durch die Liquidatoren sind nur Forderungen der Gesellschaft. Die Liquidatoren können daher von den früheren Gesellschaftern auf Grund deren Einlagezusagen nicht mehr als die vertragsmäßigen Einlagen einfordern; sie sind nicht berechtigt, zur Deckung von fälligen Schulden in Ermangelung eines ausreichenden Kassenbestandes Zuschüsse von den Gesellschaftern zu verlangen (P. 178, ROH. 22 202, 25 159); hierin würde das Verlangen einer Einlageerhöhung liegen, zu der auch während der Liquidation kein Gesellschafter verpflichtet ist (§ 105 Anm. I h 5). Dagegen können die Liquidatoren nach ihrem Ermessen denjenigen Teil der Einlagen einfordern, der rückständig (ROH. 22 136), d. h. zugesagt und noch nicht geleistet ist (ROH. 25 166). Die Einlagen sind im Zweifel nicht nur zur Bildung eines Betriebskapitals zu Zwecken des Erwerbs, sondern auch zur Tilgung von Verbindlichkeiten bestimmt (ROH. 25 163, RG. 4 67). Gegenüber einer Einforderung rückständiger Einlagen durch die Liquidatoren kann der einzelne Gesellschafter sich nicht auf ein Bestreiten der Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Beitragseinziehung beschränken (ROH. 22 136). Auch kann er — außer soweit bei Einzahlung der Anspruch auf Abschlagsverteilung gegeben sein würde (§ 155 Anm. III b) — gegen die Einlageforderung oder eine sonstige Forderung der Gesellschaft nicht etwa sein Guthaben auf Kapitalkonto aufrechnen oder deswegen ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, da sein Guthaben erst bei Aufstellung der Schlußbilanz der Höhe nach festgestellt und fällig wird (ROH. 17 215, 25 164, Bolze 19 Nr. 617). Jedoch bleibt dem Gesellschafter unbenommen, den Gegenbeweis zu führen, daß der eingeforderte Betrag nicht erforderlich sei für die Zwecke der Liquidation einschließlich der Verwaltungskosten (§ 292 Anm. I c 2). Auch insoweit Einlagen erst nach Gesellschaftsauflösung fällig geworden sind, ist Einforderung nach Fälligkeit zulässig (ROH. 25 165). Die Liquidatoren können einen Gesellschafter nötigen, die Grundstücke, deren Einlegung in die Gesellschaft er versprochen hat, auf die Gesellschaftsfirma umschreiben (§ 124 Anm. II b 2) zu lassen (ROH. 12 40) und ihnen die Vermögensgegenstände, Geschäftsbücher und sonstigen Papiere der Gesellschaft herauszugeben (ROH. 21 142); dies gilt auch, wenn die Liquidatoren früher selbst Gesellschafter waren. — Von Dritten zugesagte Einschüsse, die nach Einzahlung als Einlage eines Gesellschafters dienen sollen, kann der Liquidator einfordern, falls die Gesellschaft ein Recht auf den Einschuß erlangt hatte und nicht nach den Umständen des Falles das Einschußversprechen als nur für den Fall der Fortsetzung der Gesellschaft gegeben anzusehen ist (RG. 4 67).

c. **Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld.** Diese Umsetzung kann in beliebiger Art erfolgen. Insbesondere können (abweichend vom früheren Art. 137 Abs. 2 ADH.) sogar Grundstücke

freihändig verkauft werden (D. 105). In den Geschäftskreis der Liquidatoren fällt auch ein Verkauf des Geschäfts in Bausch und Bogen, soweit damit nicht gegen die Vorschrift, daß die Forderungen einzuziehen sind (oben Anm. II b), verstoßen wird (ähnlich Staub Anm. 30; etwas abweichend Lehmann Nr. 8, Goldmann Nr. 16; zweifelnd KG. 4 II 01 KGJ. 21 A 259 OLGRspr. 3 69). Geht man von der Ansicht aus, daß die Firma ein Vermögensstück der Gesellschaft bildet (§ 23 Anm. II b gegen herrschende Meinung), so kann sie von den Liquidatoren veräußert werden (dagegen Staub Anm. 31, vgl. oben § 17 Anm. III b 4), soweit kein öffentlichrechtliches Verbot (§ 23) entgegensteht; zum Schutz eines etwaigen Namenrechts eines bisherigen Gesellschafters ist jedoch § 24 Abs. 2 entsprechend anzuwenden. Zur Umsetzung des Vermögens in Geld gehört als notwendige Vorbereitung auch die Verteidigung der Gesellschaftsrechte (z. B. eines Markenrechts, RG. 15 104) gegen Verletzung durch Dritte. Die Umsetzung in Geld erfordert — außer bei fälligen Geldforderungen — stets ein neues Geschäft (unten Anm. II e). — Eine Umsetzung in andere Vermögensgegenstände als Geld (z. B. in Gesellschaftsanteile der neuen Gesellschaft, in die das Gesellschaftsvermögen der liquidierenden Gesellschaft eingelegt wird, KG. 4 II 01 KGJ. 21 A 259 OLGRspr. 3 69) ist nur zulässig, falls darin ein Abwicklungsgeschäft (unten zu e) liegt.

d. **Befriedigung der Gläubiger.** Die Gläubiger sind nur soweit zu befriedigen, wie dies aus dem Gesellschaftsvermögen geschehen kann, insbesondere aus den Barmitteln, die durch die Beendigung der laufenden Geschäfte, die Einziehung von Forderungen und die Verwertung der übrigen Vermögensstücke angesammelt werden. Bei vorübergehendem Mangel an Barmitteln dürfen die Liquidatoren nötigenfalls solche durch Verpfändung beschaffen (P. 254). Durch die Liquidatoren sind nicht auch diejenigen Schulden zu berichtigen, die nicht Gesellschaftsschulden, sondern nur gemeinschaftliche Schulden der Gesellschafter sind (z. B. Schulden einer anderen offenen Handelsgesellschaft derselben Gesellschafter). Die abweichende Vorschrift des BGB. § 733 Abs. 1 ist nicht anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft wegen der bei der letzteren bestehenden Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens (§ 105 Anm. I g 3). Zu befriedigen sind auch Gesellschafter, welche Gläubiger der Gesellschafter sind. Die Ansicht, daß nach Eintritt der Liquidation eine Klage des Gesellschafters gegen die Gesellschaft auf Zahlung in der Regel nur erhoben werden könne, wenn Kläger nachweise, daß aktives Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung aller Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft vorhanden ist (so RG. 29 16), kann nicht als zutreffend anerkannt werden; jedenfalls nicht (§ 128 Anm. II a 4) bezüglich der nicht unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden Ansprüche (§ 128 Anm. II a 3, 4); aber auch bezüglich derjenigen Ansprüche, die unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen (§ 128 Anm. II a 2), dann nicht, wenn das Verlangen auf Auszahlung bereits vor Eintritt der Liquidation gestellt war (§ 124 Anm. II d 5). Die Liquidatoren sind daher für verpflichtet zu erachten, die Gesellschafter, die mit einem nicht unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden Anspruch Gläubiger der Gesellschaft sind, in gleichem Verhältnis wie andere Gläubiger zu befriedigen, selbst wenn ein zur vollen Befriedigung aller Gläubiger genügendes Gesellschaftsvermögen nicht vorhanden ist. Dagegen sind die Liquidatoren — abgesehen von dem Fall einer zulässigen Abschlagszahlung (§ 155 Anm. III b) — vor Deckung der Gesellschaftsschulden nicht berechtigt, an einzelne Gesellschafter in Anrechnung auf ihren Kapitalanteil Rückzahlungen zu leisten oder die Aufrechnung (vgl. oben Anm. II b) des Guthabens eines Gesellschafters auf Kapitalkonto mit seiner (einziehbaren) Schuld an die Gesellschaft zu erklären (ROH. 17 215). — Durch Anerkennung bereits verjährter Forderungen überschreiten die Liquidatoren den Umfang ihrer Ermächtigung (ROH. 9 85; dagegen Goldmann Nr. 7).

e. **Eingehung neuer Geschäfte zur Beendigung schwebender.**

1. Geeignetsein des neuen Geschäfts zur Beendigung eines schwebenden. Der Nürnberger Entwurf zweiter Lesung (Art. 130 Abs. 2) lautete: „Die Liquidatoren sind auch berechtigt, neue Geschäfte einzugehen, wenn sie ohne solche die schwebenden Geschäfte nicht erledigen können.“ Diese Bestimmung wurde als zu streng angefochten, weil nur die Unmöglichkeit, die schwebenden Geschäfte anderweitig zu erledigen, die Liquidatoren zur Eingehung neuer Geschäfte berechtigen würde (P. 4530). Die Fassung wurde dann so geändert, wie

sie in das HGB. übergegangen ist. Hiernach erstreckt sich der Geschäftskreis auch auf solche neue Geschäfte, die nach den Umständen als geeignet anzusehen sind, zur Beendigung schwebender Geschäfte zu führen, wenngleich sie nicht die einzige Möglichkeit zur Herbeiführung dieses Erfolges bilden mögen. Nicht kann als allein entscheidend erachtet werden, ob die Absicht der Liquidatoren bei Eingehung des neuen Geschäfts darauf gerichtet war, hierdurch zur Beendigung eines schwebenden Geschäfts beizutragen. Bei solcher Auslegung (auf welche das „zur" allerdings hindeutet) wären sowohl für die Vertretenen wie für Dritte die Grenzen des Geschäftskreises in dieser Beziehung nicht erkennbar. Die Grenzen eines Geschäftskreises können nur durch Bezugnahme auf äußere Merkmale, nicht durch Bezugnahme auf den Willen festgelegt werden.

2. Abwicklungsgeschäfte. Die Beschränkung, daß neue Geschäfte nur zur Beendigung schwebender Geschäfte eingegangen werden dürfen, bezieht sich nur auf die Abwicklung der vorhandenen geschäftlichen Beziehungen, nicht auch auf die Umsetzung des Geschäftsvermögens in Geld; letztere erfordert stets ein neues Geschäft (RG. 44 83). Nicht nur zur Lösung von Verpflichtungen, sondern auch zur Verwirklichung von Rechten der Gesellschaft dürfen neue Geschäfte geschlossen werden (RG. 44 84). Ein neues Geschäft ist auch die Ausstellung oder Indossierung von Wechseln. Ob der neue Wechsel zur Beendigung eines schwebenden Geschäfts gegeben worden ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab (ROH. 13 226, 21 308). Ein solches Abwicklungsgeschäft liegt z. B. vor, wenn der Liquidator zur Tilgung einer Wechselschuld der Gesellschaft nach geleisteter Abschlagszahlung einen Verlängerungswechsel über den Rest der Schuld gibt, oder wenn er bei einem Dritten ein Darlehn aufnimmt, um zum Teil mit dem aufgenommenen Geld, zum Teil aus sonstigem Gesellschaftsvermögen eine Gesellschaftsschuld zu tilgen; „zur Beendigung" dient nicht nur eine sofortige Tilgung, sondern unter Umständen auch eine Hinausschiebung der Fälligkeit in der Erwartung demnächstiger Tilgung (RG. 4 65).

III. **Geschäftsführung.** D. 104: „Die Vorschrift des BGB. § 49 (betr. Liquidatoren rechtsfähiger Vereine), daß die Einziehung der Forderungen und die Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld unterbleiben kann, soweit diese Maßregeln zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Verteilung des Überschusses nicht erforderlich sind, ist in den Entwurf nicht aufgenommen. Selbstverständlich können die Gesellschafter den Liquidatoren eine entsprechende Weisung erteilen und die schließliche Auseinandersetzung durch Teilung in Natur bewirken. In Ermangelung einer solchen Anweisung ist aber das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft im Gegensatze zu dem, was nach BGB. § 733 Abs. 3 für die Gesellschaft gilt, stets vollständig in Geld umzusetzen. Die Vorschriften über die Gemeinschaft (BGB. § 731 Satz 2) finden insofern keine Anwendung." Legt man diese Deutung des § 149 zu grund, so enthält der § 149 Satz 1 nicht nur die Begrenzung des Geschäftskreises, sondern auch eine gesetzliche Dienstanweisung, die Feststellung des Inhalts der Geschäftsführungspflicht der Liquidatoren. Sie sind gegenüber den Gesellschaftern verpflichtet — soweit ausführbar — die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen; sie sind ferner verpflichtet, die laufenden Geschäfte zu beendigen, mit der Maßgabe jedoch, daß sie die behufs Beendigung schwebender Geschäfte geeigneten neuen Geschäfte eingehen können. Von diesen Verpflichtungen können sie teilweise entbunden werden durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten, und einzelne Geschäftsführungshandlungen, soweit sie in die Grenzen der durch § 149 bestimmten Geschäftsführungspflicht fallen, sowie einzelne Unterlassungen können bindend durch einen derartigen Beschluß angeordnet werden (§ 152, KG. 4 II 01 KGJ. 21 A 260 OLGRspr. 3 69). Verpflichtungen, die nicht unter die in § 149 aufgezählten Geschäfte fallen, z. B. die Eingehung ganz neuer Geschäfte, können den Liquidatoren selbst durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten nicht einseitig auferlegt werden. — Über Geschäftsführung durch mehrere Liquidatoren vgl. § 150 Anm. III.

IV. **Vertretungsmacht.**

a. **Vertretung.** Vgl. § 125 Anm. I über das Verhältnis zu den Bestimmungen des BGB. über das Erfordernis der Abgabe der Willenserklärung namens der Gesellschaft, über die Frage, inwieweit die Liquidatoren gesetzliche Vertreter der Gesellschaft sind, über die Haftung

der Gesellschaft für Verschulden und widerrechtliche Schadenszufügung der Liquidatoren, und über den Einfluß des Wissens oder Nichtwissens eines Liquidators.

b. **Vertreter** sind nach gesetzlicher Regel (§ 150) die Liquidatoren insgesamt. Abweichungen sind nach näherer Maßgabe des § 150 zulässig. Das ROH. 9 32 (vgl. auch RG. 7 405) nimmt an, daß, soweit ein Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und einem Mitliquidator in Frage kommt, die übrigen Gesamtvertreter allein die Gesellschaft vertreten, z. B. eine Klage anstellen können (dagegen jetzt RG. 47 18 und für Gesamtvertreter juristischer Personen KG. 8 V 03 OLGRspr. 7 151). Dies Auskunftsmittel würde aber versagen, wenn nur ein Liquidator bestellt ist und diesem gegenüber ein Recht der Gesellschaft geltend zu machen wäre. Daher erscheint es zutreffender anzunehmen, daß allgemein, soweit der Liquidator oder die Liquidatoren gemäß BGB. § 181 an Vertretung der Gesellschaft rechtlich verhindert sind, die Beteiligten selbst (§ 146 Anm. III b) als Gesamtvertreter der Gesellschaft (§ 156 Anm. II 3, I b 5) gegenüber den Liquidatoren auftreten können (vgl. auch § 247 Abs. 1). Ist dies zutreffend, so würde die Zustellung der Klage eines Liquidators gegen die Gesellschaft nicht (wie RG. 7 405 angenommen) an einen Mitliquidator oder einen gemäß CPO. § 57 zu bestellenden Vertreter, sondern an einen (CPO. § 171 Abs. 3) der gesamtvertretenden Gesellschafter (jedoch nicht an den Kläger selbst, § 126 Anm. I e 2) erfolgen müssen. Für das weitere Verfahren müssen dann die Gesellschafter durch Wahl eines anderen Liquidators oder durch Veranlassung der Bestellung eines Liquidators durch das Gericht für gehörige Vertretung sorgen (RG. 47 18). Für Klagen vor dem Landgericht, betreffend Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis zwischen den Liquidatoren einer Handelsgesellschaft und der Gesellschaft oder deren Mitgliedern, ist die Handelskammer zuständig (GVG. § 101 Nr. 3 a).

c. **Vertretener** ist die in Liquidation befindliche Gesellschaft. Zur Vertretung der einzelnen Gesellschafter, auch soweit sie auf Grund ihrer Gesamthaftung für Gesellschaftsschulden in Anspruch genommen werden, sind die Liquidatoren nicht befugt (ROH. 5 390, 25 161; vgl. § 126 Anm. I d).

d. **Umfang der Vertretungsmacht.** Vgl. § 126 Anm. I.

1. Beschränkung auf den Geschäftskreis. Die Vertretungsmacht umfaßt sowohl die Vertretung vor Gericht wie die Vertretung außerhalb des Gerichts; in beiden Beziehungen ist jedoch der Umfang der Vertretungsmacht beschränkt auf den Geschäftskreis der Liquidatoren (§ 149 Satz 2; ROH. 9 87, 17 215, RG. 44 82, KG. 4 II 01 KGJ. 21 A 258 OLGRspr. 3 68). Dieser Geschäftskreis ist in § 149 Satz 1 begrenzt (oben Anm. II). Über Beschränkungen des Umfanges der Vertretungsmacht vgl. § 151. Erweiterungen des Umfanges der Vertretungsmacht sind an sich zulässig. Insoweit sind jedoch nicht die besonderen Regeln über Liquidation, sondern die allgemeinen Regeln über Vollmacht für anwendbar zu erachten (§ 152 Anm. II).

2. Innerhalb ihres Geschäftskreises vertreten die Liquidatoren die Gesellschaft insoweit diese überhaupt Rechte und Pflichten haben kann (§ 124), z. B. bei Erwerb von Rechten (§ 124 Anm. II a), insbesondere auch Eigentum und anderen dinglichen Rechten an Grundstücken (§ 124 Anm. II b), bei Eingehen von Verbindlichkeiten (§ 124 Anm. II a), beim Rechtsstreit (§ 124 Anm. II c), insbesondere auch bei der Eidesleistung (§ 124 Anm. II c 5, ROH. 10 357). Ebenso im Gesellschaftskonkurs (§ 124 Anm. II d); nur gilt hier die Besonderheit, daß der Antrag auf Konkurseröffnung von jedem (wenngleich nur gesamtvertretungsberechtigten) Liquidator und außerdem von jedem persönlich haftenden Gesellschafter gestellt werden kann (KO. § 210), und daß ein Zwangsvergleich nur auf Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter geschlossen werden kann (KO. § 211 Abs. 1). Auch zum Abschluß von Vergleichen sind die Liquidatoren innerhalb ihres Geschäftskreises befugt (D. 105). Ob in einem Rechtsstreit der in Liquidation befindlichen Gesellschaft die einzelnen Gesellschafter (und sonstigen Beteiligten, § 146 Anm. III b) intervenieren und als Zeugen vernommen werden können, vgl. § 124 Anm. II c 3, 4. Der Liquidator für seine Person ist nicht (wie ROH. 10 457, 12 217 annimmt) Partei, er ist nur Vertreter der Partei. Auch während Liquidation ist daher für Klagen gegen die Gesellschaft nicht der persönliche Gerichtsstand des Liquidators (was ROH. 12 217 annimmt), sondern der Gerichtsstand der Gesellschaft maßgebend. Bei Geltendmachung eines Rechts der Gesellschaft braucht der

Liquidator nicht dartun, daß diese Geltendmachung in innerer Verbindung mit dem Liquidationszweck steht (RG. 15 104). — Die Vertretungsmacht der Liquidatoren ist an sich ebensowenig wie diejenige der Gesellschafter auf die Vornahme von Handelsgeschäften beschränkt (§ 126 Anm. Ib). — Über das Verbot der Rechtsgeschäfte des Vertreters mit sich selbst vgl. § 126 Anm. I e, § 149 Anm. IV b. Über die Wirkung von Handlungen zur Benachteiligung der Gesellschaft unter Mißbrauch der Vertretungsmacht vgl. § 126 Anm. If. Ob die Liquidatoren eine Prokura erteilen und widerrufen können, vgl. § 48 Anm. I b.

3. Überschreitung des Geschäftskreises. Soweit der Liquidator ohne besondere Vollmachtserteilung der Beteiligten (§ 146 Anm. III b) die Grenzen des Geschäftskreises überschreitet, wird die Gesellschaft bis zu erfolgter Genehmigung der Beteiligten nicht daraus berechtigt oder verpflichtet (BGB. § 177), selbst wenn der Dritte aus entschuldbarem Irrtum das Vorliegen einer Vollmacht annahm; ist der Liquidator als Vertreter aufgetreten, so kann der andere Teil den Liquidator gemäß BGB. § 179 verantwortlich machen, die Gesellschaft jedoch nur soweit (§ 125 Anm. I d) eine Haftung derselben für Verschulden oder widerrechtliche Handlungen des Liquidators besteht. Die Frage, ob der Liquidator die Grenzen seiner Vertretungsmacht eingehalten hat, wird insbesondere häufig bei Eingehung neuer Geschäfte zur Abwickelung schwebender aufgeworfen werden, da für Dritte die Grenze hier schwer erkennbar ist. Dennoch ist auch in dieser Beziehung (vgl. P. 4532) an den vorstehenden Grundsätzen festzuhalten (KG. 4 II 01 KGJ. 21 A 258 OLGRspr. 3 68, vgl. RG. 44 82), die den Dritten genügend schützen. Überschreitet der Liquidator den Umfang seiner Vertretungsmacht durch Eingehung ganz neuer Geschäfte, so wird daher die Gesellschaft — abgesehen von einer etwaigen Schadensersatzpflicht wegen der Handlung des Vertreters (§ 125 Anm. I d) — selbst dann nicht verpflichtet, wenn der Dritte nach gehöriger Erkundigung annehmen durfte, daß ein Abwickelungsgeschäft vorlag (dagegen nach bisherigem Recht ROH. 13 226, 21 308). Zur Begründung einer auf eine Rechtshandlung der Liquidatoren gestützten Klage gegen die Gesellschaft gehört nur die Behauptung, daß die Liquidatoren als Vertreter der Gesellschaft aufgetreten sind (ROH. 21 308). Wird eingewendet, daß sie ihren Geschäftskreis überschritten haben, so hat Kläger dessen Einhaltung zu beweisen (z. B. auch, daß das an sich neue Geschäft zur Beendigung schwebender eingegangen sei, ROH. 13 226); er kann sich jedoch z. B. im Wechselprozeß der Eideszuschiebung bedienen (CPO. § 595 Abs. 2). Auch der Registerrichter, falls er in die Lage kommt, die Vertretungsmacht des Liquidators bei Abschluß eines neuen Geschäfts prüfen zu müssen, hat den Nachweis zu verlangen, daß dies neue Geschäft zur Beendigung eines schwebenden eingegangen ist (KG. 4 II 01 KGJ. 21 A 258 OLGRspr. 3 68).

e. **Aufhören der Vertretungsmacht.** Die Vertretungsmacht endet (Bolze 22 Nr. 508) mit der Beendigung der Liquidation (§ 156 Anm. IV). Über Versäumung der vorgeschriebenen Eintragung und Bekanntmachung des Erlöschens der Firma nach Beendigung der Liquidation vgl. § 157 Anm. II b.

§ 150.

Mehrere Liquidatoren.

Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so können sie die zur Liquidation gehörenden Handlungen nur in Gemeinschaft vornehmen, sofern nicht bestimmt ist, daß sie einzeln handeln können; eine solche Bestimmung ist in das Handelsregister einzutragen.

Durch die Vorschrift des Abs. 1 wird nicht ausgeschlossen, daß die Liquidatoren einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willens-

erklärung abzugeben, so findet die Vorschrift des § 125 Abs. 2 Satz 3 entsprechende Anwendung.

ADH. Art. 136. **Entw. I** § 136. **Entw. II** § 148.

I. **Gesamtvertretung.** Die gesetzliche Regel geht dahin, daß sämtliche Liquidatoren nur gesamtvertetungsermächtigt sind. (Umgekehrt bezüglich der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft, § 125 Anm. II a). Über die Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter oder eines Dritten durch alle vgl. § 125 Anm. III b. Über die Abgabe von Willenserklärungen gegenüber der Gesellschaft und Zustellungen vgl. § 125 Anm. III c. Wie für Vertretung der Gesellschaft zu sorgen, wenn ein gesamtvertretender Liquidator gegen die Gesellschaft klagt, vgl. § 149 Anm. IV b.

II. **Abweichende Bestimmungen.**

a. **Inhalt.** Der § 150 Abs. 1 erwähnt nur die abweichende Bestimmung, daß jeder von mehreren Liquidatoren einzelvertretungsermächtigt sein solle. Zulässig ist aber auch die Abweichung, daß zwar nicht (der gesetzlichen Regel entsprechend) alle Liquidatoren gemeinsam handeln müssen, aber z. B. je zwei von ihnen. Der Fall einer Gesamtvertretungsmacht eines Liquidators mit einem Nichtliquidator ist nicht ausdrücklich für unzulässig erklärt, aber vielleicht darum nicht erwähnt, weil das Fortbestehen einer Prokura während Liquidation verneint worden ist (§ 48 Anm. I b), und die Erteilung einer Gesamtvertretungsmacht an einen gesetzlichen Vertreter und einen Handlungsbevollmächtigten für unzulässig erachtet wurde (§ 125 Anm. IV b). Hält man den entgegengesetzten Standpunkt für zutreffend, so ist sowohl eine Bestimmung, daß ein Liquidator und ein Prokurist, wie auch eine Bestimmung, daß ein Liquidator und ein Handlungsbevollmächtigter gesamtvertretungsermächtigt sein sollen, für zulässig zu erachten (vgl. § 125 Anm. IV).

b. **Anordnung.** Die Anordnung kann — ebenso wie die Ernennung von Liquidatoren (§ 146 Anm. II, III) — durch Vertrag, Beschluß der Gesellschafter oder (D. 105) gerichtliche Verfügung erfolgen.

c. **Eintragung.** Eine derartige Abweichung ist in das Handelsregister einzutragen (§ 148 Anm. I a 3) und bekanntzumachen (§ 10). Ist die Abweichung durch gerichtliche Verfügung angeordnet, so erfolgt die Eintragung von Amts wegen (D. 105; entsprechend anzuwenden § 148 Abs. 2); anderenfalls gemäß Anmeldung nach näherer Maßgabe des § 148 Abs. 1.

III. **Geschäftsführung.** Der § 150 ist nur auf die Vertretungsmacht, nicht auf die Geschäftsführungsbefugnis zu beziehen (dagegen Staub Einl.). Dies folgt aus der Vorschrift der Eintragung abweichender Anordnungen in das nur Dritten gegenüber wirkende Handelsregister und aus den Bestimmungen des Abs. 2. Bezüglich der Geschäftsführungsbefugnis gelten daher die allgemeinen Regeln über Ausführung eines Auftrages durch mehrere Beauftragte. Dem Auftraggeber sind die mehreren Beauftragten als Gesamtschuldner verpflichtet (BGB. § 421); wie sie unter sich ihre Geschäfte verteilen wollen, bleibt ihnen überlassen. Hat keine solche Verteilung stattgefunden, so können sie nur gemeinsam handeln. Auch bei Gefahr im Verzug. Einigen sie sich nicht, so kann — falls nicht ein besonderer Rechtsgrund einen dem anderen verpflichtet — keiner gegen den anderen das Gericht anrufen, um die mangelnde Einwilligung zu ergänzen (§ 146 Anm. III a 3); Abhilfe ist vielmehr in der Regel nur durch einen Antrag auf Abberufung möglich (OLG. Frankfurt 18 VI 88 ZHR. 37 544, RG. 12 34).

§ 151.

Beschränkung der Befugnisse.

Eine Beschränkung des Umfanges der Befugnisse der Liquidatoren ist Dritten gegenüber unwirksam.

ADH. Art. 138. **Entw. I** § 137. **Entw. II** § 149.

Vgl. § 126 Anm. II. Der Umfang der „Befugnisse", d. h. der in § 149 Satz 1 bestimmte gesetzliche Geschäftskreis, bestimmt nach § 149 Satz 2 zugleich den Umfang der Vertretungs-

macht. In § 151 kann daher, ohne den Sinn zu ändern, statt „Befugnisse" das Wort „Vertretungsmacht" gesetzt werden. Hieraus ergibt sich, daß die Vorschrift des § 151 derjenigen in § 126 Abs. 2 Halbsatz 1 entspricht. Eine dem § 126 Abs. 3 entsprechende Bestimmung über die Zulässigkeit einer Beschränkung der Vertretungsmacht auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen ist hier — wohl absichtlich — nicht wiederholt. „Dritter" ist auch ein Liquidator, wenn er als Vertragsgegner der Gesellschaft in Betracht kommt (§ 126 Anm. II a, RG. 7 120; ebenso Goldmann Nr. 3; dagegen Staub Anm. 2).

§ 152.

Anordnungsrecht der Beteiligten.

Gegenüber den nach § 146 Abs. 2, 3 Betheiligten haben die Liquidatoren, auch wenn sie vom Gerichte bestellt sind, den Anordnungen Folge zu leisten, welche die Betheiligten in Betreff der Geschäftsführung einstimmig beschließen.

ADH. Art. 140. **Entw. I** § 138. **Entw. II** § 150.

I. **Gegenüber den Beteiligten.** Beteiligte (nicht immer die Gesellschafter allein) vgl. § 146 Anm. III b. Der § 152 bestimmt nur über das innere Verhältnis (P. 252; vgl. ROH. 23 330; ebenso Goldmann Nr. 5; dagegen Staub Anm. 1). Trotz einer etwaigen einstimmigen Anordnung der Beteiligten bleibt die Vertretungsmacht zur Vornahme einer der Anordnung entgegengesetzten Handlung unberührt. Eine einstimmige Anordnung kann auch eine Erweiterung der Vertretungsmacht enthalten und insoweit auch gegen Dritte wirken (§ 149 Anm. IV d 1); doch ist auf eine derartige Anordnung § 152 nicht anwendbar (unten Anm. II).

II. **Einstimmige Anordnungen in betreff der Geschäftsführung.** Die Folgeleistungspflicht erstreckt sich — trotz der allgemeinen Fassung des § 152 — nur so weit, wie eine Geschäftsführungspflicht überhaupt besteht (§ 149 Anm. III). Soweit eine darüber hinausgehende Anordnung getroffen wird, sind nicht die Regeln über Liquidation, sondern die allgemeinen Regeln über Auftrag und Vollmacht für anwendbar zu erachten (dagegen Staub Anm. 1). Auf Befolgung einer nach Vorstehendem bindenden Anordnung kann der Liquidator verklagt werden (ebenso Staub Anm. 5; RG. 12 34 steht nicht entgegen). Über das Erfordernis des einstimmigen Beschlusses vgl. § 147 Anm. II a. Über die Geltendmachung von Rechten der Gesellschaft gegenüber dem Liquidator oder des Liquidators gegenüber der Gesellschaft vgl. § 149 Anm. IV b.

§ 153.

Zeichnung der Liquidatoren.

Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift in der Weise abzugeben, daß sie der bisherigen, als Liquidationsfirma zu bezeichnenden Firma ihren Namen beifügen.

ADH. Art. 139. **Entw. I** § 139. **Entw. II** § 151.

I. **Firma.** Vgl. § 17 Anm. III. Der Eintritt der Liquidation bedingt kein Erlöschen der Firma (§ 30 Anm. II a, § 157 Anm. II a). Nur gibt § 153 die Ordnungsvorschrift (ROH. 9 215, KGJ. 10 20), daß die Liquidatoren die Firma nur mit einem auf die Liquidation hinweisenden Zusatz zu zeichnen haben. Die Firma mit Liquidationszusatz ist keine „geänderte" Firma (§ 31 Anm. I b). Der Liquidationszusatz wird nicht Teil der Firma (RG. 29 68, OLG. Hamburg 13 VII 85 ZHR. 35 235, RG. 29 VI 03 KGJ. 26 A 218).

II. **Art der Zeichnung.** Der § 153 regelt die Art der Zeichnung bei Abgabe von Willenserklärungen für die Gesellschaft. (Über die Zeichnung zur Aufbewahrung bei dem Registergericht vgl. § 148 Anm. III.) Mehrere gesamtvertretende Liquidatoren haben bei der Zeichnung so zusammenzuwirken, daß die Mitwirkung aller äußerlich erkennbar ist. In der Regel wird einer die Firma mit Liquidationszusatz und seinen Namen, jeder der anderen nur seinen Namen unter der von dem ersten geschriebenen Firma zeichnen. Zulässig ist aber auch, daß jeder die

Firma mit Liquidationszusatz und seinen Namen zeichnet (§ 125 Anm. III d 2). Ob Stempelvordruck der Firma mit Liquidationszusatz und Unterzeichnung durch jeden Liquidator mit seinem Namen zulässig, vgl. § 125 Anm. III d 2. — Über die Wirkung eines Verstoßes gegen die vorgeschriebene Art der Zeichnung vgl. § 51 Anm. II. — Über die Abgabe von Willenserklärungen durch Gesamtvertreter in anderer Art als durch Zeichnung vgl. § 125 Anm. III d 1.

§ 154.

Bilanzen.

Die Liquidatoren haben bei dem Beginne sowie bei der Beendigung der Liquidation eine Bilanz aufzustellen.

ADH. — **Entw. I** § 140. **Entw. II** § 152.

I. **Eröffnungs- und Schlußbilanz.** Deren Anfertigung ist im HGB. neu vorgeschrieben. Die Liquidationszeit bildet einen in sich geschlossenen Rechnungsabschnitt, für den der Gesamtgewinn oder Gesamtverlust auf Grund jener beiden Bilanzen berechnet werden muß (D. 105). „Bei" = „gelegentlich" (§ 39 Anm. II a 1). Beendigung der Liquidation vgl. § 156 Anm. IV. Liquidatoren, welche die Ziehung dieser Bilanzen zur vorgeschriebenen Zeit unterlassen, sind, wenn Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung erfolgt, strafbar nach KO. § 240 Nr. 4, § 244. Für die Bewertung muß, da nicht ein Fortbetrieb des Geschäfts als Ganzen beabsichtigt ist, ein anderer Maßstab angelegt werden als bei den gewöhnlichen Jahresbilanzen (§ 40 Anm. II c).

II. **Keine Jahresbilanz.** D. 106: „Die Aufstellung von Jahresbilanzen während der Liquidation braucht nicht vorgeschrieben zu werden. Solche Bilanzen haben nur die Bedeutung, den Gesellschaftern eine Übersicht über den Vermögensstand zu verschaffen; die Anfertigung derselben anzuordnen, kann daher bei der offenen Handelsgesellschaft den Gesellschaftern überlassen bleiben." Die hierin liegende Voraussetzung, daß nicht bereits § 39 Abs. 2 die Aufstellung einer Jahresbilanz auch während der Liquidation vorschreibe, scheint darauf zu beruhen, daß unter „Geschäftsjahr" nur ein Geschäftsjahr einer nicht aufgelösten Gesellschaft verstanden ist (so Simon Bilanzen S. 451; vgl. jedoch HGB. § 299 Abs. 1). Möglicherweise auch beruht die Voraussetzung der Unanwendbarkeit des § 39 Abs. 2 während Liquidation auf der Annahme, daß durch Eintritt der Liquidation die in § 39 Abs. 2 erforderte Kaufmannseigenschaft erlösche (dagegen § 1 Anm. II c). — Ist § 39 Abs. 2 aus einem oder dem anderen Grund nicht anwendbar (so Staub Anm. 6, Lehmann Nr. 1, Goldmann Nr. 6), so besteht auch keine Pflicht zur Aufnahme eines Inventars während der Liquidation. Die Anfertigung einer Bilanz oder eines Inventars kann jedoch von den Beteiligten durch einstimmigen Beschluß angeordnet werden (§ 152). — Abweichend für die AG. § 299 Abs. 1. — Nach früherem Recht nahm OLG. Karlsruhe (19 X 86 ZHR. 37 542) an, daß eine Pflicht des Liquidators zur Anfertigung von Jahresbilanzen nicht bestehe, wenn es sich nicht um eine eigentliche Geschäftsfortführung, sondern nur um die Einziehung von Außenständen und Verteilung der eingehenden Gelder handele.

§ 155.

Verteilung.

Das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft ist von den Liquidatoren nach dem Verhältnisse der Kapitalantheile, wie sie sich auf Grund der Schlußbilanz ergeben, unter die Gesellschafter zu vertheilen.

Das während der Liquidation entbehrliche Geld wird vorläufig vertheilt. Zur Deckung noch nicht fälliger oder streitiger Verbindlichkeiten sowie zur Sicherung der den Gesellschaftern bei der Schlußvertheilung zukommenden Beträge ist das

Erforderliche zurückzubehalten. Die Vorschriften des § 122 Abs. 1 finden während der Liquidation keine Anwendung.

Entsteht über die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens Streit unter den Gesellschaftern, so haben die Liquidatoren die Vertheilung bis zur Entscheidung des Streites auszusetzen.

ADH. Art. 141—143. **Entw. I** § 141. **Entw. II** § 153.

I. Gegenstand der Verteilung.
II. Maßstab bei Schlußverteilung.
III. Ausführung der Verteilung.
IV. Ansprüche der Gesellschafter gegen einander.

I. **Gegenstand** der Verteilung ist das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft.

a. **Aussonderung.** Zunächst sind diejenigen Gegenstände auszusondern, die nicht Eigentum der Gesellschaft sind. Hierzu gehören auch Gegenstände, die gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter sind (§ 105 Anm. Ig 3). So ein auf den Namen der Gesellschafter, nicht der Gesellschaft, eingetragenes Grundstück. Hatten die Gesellschafter sich verpflichtet, das Grundstück einzulegen, und war nur die Umschreibung auf die Gesellschaft unterlassen worden, so ist — soweit nicht eine anderweite Einigung der Beteiligten zu stande kommt — zunächst die Auflassung an die Gesellschaft (§ 149 Anm. IIb 3) und dann die Verwertung für die Gesellschaft durch Umsetzung in Geld (§ 149 Anm. IIc) herbeizuführen. — Auszusondern sind ferner Gegenstände, die Eigentum einer anderen offenen Handelsgesellschaft derselben Gesellschafter sind. Anwendbar ist auch (D. 106) BGB. § 732:

„Gegenstände, die ein Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, sind ihm zurückzugeben. Für einen durch Zufall in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand kann er nicht Ersatz verlangen."

b. **Berichtigung der Schulden.** Vgl. § 149 Anm. IId.

c. **Keine Rückerstattung der Einlagen.** Der § 733 Abs. 2 BGB. bestimmt, daß nach Berichtigung der Schulden zunächst den Gesellschaftern die Geldeinlagen und der Einbringungswert von Sacheinlagen zurückzuerstatten ist. Diese Vorschrift ist nicht anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft. Bei dieser findet bei der Auseinandersetzung keine Trennung der ursprünglichen Einlage und des sonstigen Guthabens auf Kapitalkonto statt (vgl. § 105 Anm. Ih 5). Nicht die ursprüngliche Einlage, sondern nur ein der Forderung des Gesellschafters auf Kapitalkonto entsprechender Teil des Gesellschaftsvermögens wird zurückerstattet. In letzterem kann die ursprüngliche Einlage ganz oder teilweise enthalten sein, ohne daß dies irgend erheblich ist.

d. **Vermögen der Gesellschaft.** Vgl. § 105 Anm. Ig 1.

II. **Maßstab** bei der Schlußverteilung.

a. **Verhältnis der Kapitalanteile.** Über die Bedeutung des Kapitalkonto vgl. § 120 Anm. II. Über das Verhältnis des Kapitalanteils zur ursprünglichen Einlage vgl. oben Anm. Ic. Die letztere bildet nur einen Posten bei der allmählichen Änderung des Betrages des Kapitalanteils. In Betracht kommen außerdem die zugeschriebenen Gewinne, die abgeschriebenen Verluste und Entnahmen, und die etwa sonst gemäß Vereinbarung der Gesellschafter auf das Kapitalkonto übernommenen Forderungen oder Schulden des Gesellschafters an die Gesellschaft (§ 105 Anm. Ih 5, § 120 Anm. III).

b. **Auf Grund der Schlußbilanz.** Schlußbilanz vgl. § 154 Anm. I. Da derjenige Betrag der Kapitalanteile, welcher in der Schlußbilanz erscheint, den Maßstab für die Verteilung bildet, so ergibt sich, daß bei Feststellung des Betrages des Kapitalanteils bereits der auf jeden Gesellschafter fallende Anteil des Gewinns oder Verlustes der Liquidationszeit mitberücksichtigt ist (D. 106). An dem Gewinn und Verlust der Liquidationszeit nehmen die Gesellschafter in demselben Verhältnis teil wie während bestehender Gesellschaft (§ 156; vgl. auch BGB. § 735), also in erster Reihe gemäß den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, in zweiter Reihe gemäß § 121 mit der Maßgabe, daß der Vorausgewinn von jährlich vier vom Hundert des in die Eröffnungsbilanz (§ 154) aufgenommenen Kapitalanteils nicht jährlich, sondern erst bei Aufstellung der Schlußbilanz

gutzuschreiben ist, mithin während der Liquidationszeit Zinsen von jenem Vorausgewinn nicht zur Anrechnung kommen. Die D. 106: „da der Verlust der Liquidationsperiode nach Köpfen unter die Gesellschafter verteilt wird" wollte wohl trotz ihrer allgemeinen Fassung nur den Fall treffen, daß der Gesellschaftsvertrag keine anderweite Verlustverteilung enthält. — Abweichend bei Abschlagsverteilungen (unten Anm. III b).

III. **Ausführung** der Verteilung.

a. **Geldverteilung und Teilung in Natur.** Da nach der gesetzlichen Regel alle Vermögensgegenstände der Gesellschaft in Geld umzusetzen sind (§ 149 Anm. III), so ist in § 155 nur die Verteilung von Geld behandelt. Der einzelne Gesellschafter hat, da er in keinem Sinn Miteigentümer der Gesellschaftssachen ist (§ 105 Anm. I g 2), nur einen Anspruch auf Geld, nicht auf Gesellschaftssachen, selbst wenn er letztere eingelegt hat (RG. 56 433). Eine Überweisung von Außenständen der Gesellschaft seitens der Liquidatoren an einzelne Gesellschafter gegen deren Willen ist unzulässig (P. 1015). Erfolgt gemäß einer einstimmig beschlossenen Anordnung der Beteiligten (§ 152) keine vollständige Umsetzung in Geld, und muß daher eine Teilung in Natur vorgenommen werden, so ist in erster Reihe die Anordnung der Beteiligten für die Art der Teilung maßgebend; in zweiter Reihe werden die Bestimmungen des BGB. §§ 752—757, 731 Satz 2 (abgedruckt hinter HGB. § 160), soweit mit den Rechtsverhältnissen der offenen Handelsgesellschaft vereinbar, zur Anwendung zu bringen sein. Durch Beschluß der Gesellschafter (unter Zustimmung eines durch Kündigung beteiligten Privatgläubigers oder des Verwalters im Konkurs eines Gesellschafters) kann die Liquidation auch jederzeit unterbrochen und eine andere Art der Auseinandersetzung angeordnet werden (§ 145 Anm. III).

b. **Abschlagsverteilung.**

1. Keine Entnahme. Das vor Auflösung der Gesellschaft bestehende Recht des einzelnen Gesellschafters auf Entnahme (§ 122 Abs. 1) ist für die Zeit der Liquidation ausdrücklich ausgeschlossen, eine Entnahme mithin — außer gemäß einstimmiger Anordnung der Beteiligten — nur auf Grund einer Abschlagsverteilung zulässig.

2. Anspruch auf Abschlagserteilung. Auf die alsbaldige Verteilung des entbehrlichen Geldes können alle Gesellschafter gemeinsam klagen, und zwar entweder gegen die Gesellschaft, vertreten durch die Liquidatoren, auf Zahlung, oder (RG. 47 19) gegen die einzelnen widersprechenden oder säumigen Liquidatoren auf Erteilung ihrer Zustimmung. Aber auch jeder einzelne Beteiligte hat einen klagbaren Anspruch (ROH. 3 338, RG. 47 18; vgl. Bolze 13 Nr. 504); und zwar gleichfalls nach beiden vorstehend erwähnten Richtungen, doch nur so, daß er auf Zahlung an alle Gesellschafter bzw. auf Zustimmung zur Verteilung an alle Gesellschafter klagen kann (RG. 47 19). Darüber jedoch, welche Beträge gemäß § 155 Abs. 2 Satz 2 zurückbehalten werden müssen und daher nicht entbehrlich sind, entscheidet das pflichtgemäße Ermessen (vgl. BGB. § 315) der Liquidatoren (ROH. 25 167).

3. Höhe der zu verteilenden Beiträge. Die Abschlagsverteilung hat — abweichend von der Schlußverteilung (oben Anm. II b) — nach dem Verhältnis der Kapitalkonten in der Eröffnungsbilanz (§ 154) zu erfolgen (D. 106). Da nicht vorauszusehen ist, ein wie großer Verlust etwa während der Liquidation entsteht, so müssen nicht nur zur Deckung noch nicht fälliger oder streitiger Verbindlichkeiten, sondern auch zur Sicherung der den Gesellschaftern bei der Schlußverteilung zukommenden Beträge die erforderlichen Gelder zurückbehalten werden; durch Abschreibung des Verlustes der Liquidationszeit kann sich sogar der Aktivsaldo eines Gesellschafters auf Kapitalkonto in einen Passivsaldo verwandeln (D. 106). — Die Abschlagsverteilung ist nur eine vorläufige. Ein etwa zuviel verteilter Betrag kann daher von den Liquidatoren gemäß BGB. § 812 zurückgefordert werden (Hahn Art. 141 § 2, Staub Anm. 3, Lehmann Nr. 9, Goldmann Nr. 13), während sie Zuschüsse seitens der Gesellschafter sogar bei Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens zur Schuldentilgung nicht fordern können (§ 149 Anm. II d). — Über die Befriedigung von Gläubigerforderungen einzelner Gesellschafter an die Gesellschaft vgl. § 149 **Anm. II d.**

c. **Streit der Gesellschafter.** Ein unter den Gesellschaftern über die Verteilung entstandener

Streit hat zur Folge, daß die Verteilung bis zur Entscheidung (gerichtlichen oder schiedsrichterlichen, D. 107) auszusetzen ist. Dies gilt indessen nur von der Verteilung des durch den Streit betroffenen Teiles des Gesellschaftsvermögens. Im übrigen bleiben die Vorschriften des § 155 Abs. 2 über Abschlagsverteilungen maßgebend. Soll eine Abschlagsverteilung erfolgen, und widerspricht der Gesellschafter A nur der Auszahlung des dem Gesellschafter C zugedachten Anteils, während C die gleichzeitige Auszahlung aller Anteile fordert, so haben die Liquidatoren nicht nur die Auszahlung des dem C zugedachten Anteils, sondern die gesamte Abschlagsverteilung auszusetzen (RG. 47 20). Die Liquidatoren haben selbständig keine Entscheidung zwischen streitenden Gesellschaftern zu treffen; die Liquidatoren als solche sind nicht etwa Schiedsrichter (M. 72). Die Klage ist gegen den bestreitenden Gesellschafter zu erheben (ROH. 5 391). Feststellungsklagen bezüglich einzelner Streitpunkte sind in der Regel zulässig, denn da das Vorhandensein derartiger Streitpunkte die endgültige Abrechnung und Verteilung in der Regel aufhält, so wird ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung (CPO. § 256) in der Regel vorliegen (§ 128 Anm. IIa 2; dagegen ROH. 23 197). — Über eine etwa vorbereitende Klage auf Rechnungslegung betreffs Geschäftsführung vor Liquidationseintritt vgl. § 114 Anm. VI. Über Geltendmachung von Ausgleichsforderungen nach Liquidationsbeendigung vgl. unten Anm. IV b. — Die obigen Regeln sind nicht entsprechend anwendbar auf die Liquidation von Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit (RG. 59 59).

IV. **Ansprüche der Gesellschafter gegeneinander.**

a. **Ansprüche.** Die Gesellschaft hat kein Recht, gegenüber dem einzelnen Gesellschafter zu verlangen, daß er mehr als die vereinbarte Einlage einzahle; selbst dann nicht, wenn sich bei Liquidation ein Fehlbetrag ergibt (§ 105 Anm. Ih 5). Auch im Konkurs der offenen Handelsgesellschaft kann kein solcher Anspruch vom Konkursverwalter geltend gemacht werden (D. 107). Von rückständigen Einlagen abgesehen (§ 149 Anm. IIb 3), ist es daher nicht Sache der Liquidatoren, den Passivsaldo eines Gesellschafters zur Ausgleichung der wechselseitigen Ansprüche der Gesellschafter oder zur Tilgung von Gesellschaftsschulden einzuziehen (D. 107). Die Gesellschafter haben vielmehr den Verlust unter sich auszugleichen (D. 107); ebenso bei etwaigen sonstigen unter den Gesellschaftern bestehenden Ausgleichungsansprüchen aus der Zeit vor Auflösung der Gesellschaft (Bolze 22 Nr. 507, RG. 11 IV 96 JW. 303[22]). Nach außen bleibt die Gesamthaftung der Gesellschafter bestehen. Für das Verhältnis nach innen kommt zur entsprechenden Anwendung BGB. § 735:

„Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen nicht aus, so haben die Gesellschafter für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis aufzukommen, nach welchem sie den Verlust zu tragen haben. Kann von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem gleichen Verhältnisse zu tragen."

Der § 735 Satz 1 BGB. enthält in Anwendung auf die offene Handelsgesellschaft nur die Bestimmung, daß der Fehlbetrag von jedem Gesellschafter in derjenigen Höhe zu tragen ist, in welcher sein Passivsaldo in der Schußbilanz erscheint. Die Verteilung nach dem Verhältnis der Verlustanteile ist hier schon durch die bei Aufstellung der Schlußbilanz zu machenden Buchungen erfolgt. (Es hat nicht etwa eine nochmalige Verteilung der Summe aller in der Schlußbilanz erscheinenden Passivsalden nach dem Verhältnis des Verlustes zu erfolgen). Jeder frühere Gesellschafter mit Passivsaldo schuldet dann jedem früheren Gesellschafter mit Aktivsaldo einen Betrag, der sich durch Teilung des betreffenden Passivsaldos nach dem Verhältnis jenes Aktivsaldos zu der Summe der übrigen Aktivsalden ergibt (Cosack HR. § 109 III 12c). — Nach § 735 Satz 2 BGB. ist ein Ausfall, der durch Zahlungsunfähigkeit eines mit einem Passivsaldo belasteten Gesellschafters veranlaßt wird, nicht von den Inhabern von Aktivsalden allein, vielmehr von allen Gesellschaftern nach den Grundsätzen über die Verteilung des Gesellschaftsverlustes zu tragen (D. 107).

b. **Geltendmachung von Ausgleichsforderungen.** Über die Frage, ob und inwieweit bis zum

Schluß der Liquidation eine Ausgleichsforderung erhoben werden kann, vgl. § 128 Anm. II b. Über Rechtsstreite betreffend Verteilung des Liquidationserlöses vgl. oben Anm. III c. Nach dem Schluß der Liquidation kann eine Ausgleichsforderung in der Regel nur unter Aufmachung der gegenseitigen Gesamtabrechnung, nicht durch Herausgreifen einer Einzelforderung, erhoben werden (ROH. 23 195; dagegen ROH. 12 274; vgl. ROH. 19 350). Abweichend jedoch, insoweit ein Anspruch gegen die Mitgesellschafter auf Ausgleichung bezüglich der Einzelforderung auch schon vor Schluß der Liquidation zustand (§ 128 Anm. II b; ähnlich OLG. Frankfurt 18 VI 88 ZHR. 37 543). Abweichend ferner auch, soweit von vornherein feststeht, daß die bei Aufstellung der Gesamtabrechnung sich ergebende Forderung höher sein würde, als der geltend gemachte Einzelanspruch (RG. 40 32). Die Ausgleichung kann nicht abgelehnt, noch Sicherheitsleistung verlangt werden, nur weil noch nicht alle Schulden der Gesellschaft bezahlt sind und deshalb, je nachdem der Gesellschaftsgläubiger demnächst den einen oder den anderen gesamthaftenden Gesellschafter in Anspruch nimmt, die Gesamtabrechnung sich demnächst ändern würde (ROH. 12 42, RG. 40 32). Derartige nachträgliche Zahlungen erzeugen, sobald erfolgt, neue Ausgleichsforderungen des zahlenden Gesellschafters. Diesen nachträglichen Ausgleichsforderungen kann dann die als Ergebnis der früheren Abrechnung etwa bestehende Gegenforderung des ausgleichspflichtigen Gesellschafters entgegengesetzt werden (vgl. ROH. 19 350). Die Ausgleichsforderung wegen einer nachträglichen Zahlung ist übertragbar, denn sie steht einer Forderung auf das Auseinandersetzungsguthaben gleich (BGB. § 717; vgl. ROH. 19 350).

§ 156.

Rechtsverhältnis nach innen und außen während Liquidation.

Bis zur Beendigung der Liquidation kommen in Bezug auf das Rechtsverhältniß der bisherigen Gesellschafter unter einander sowie der Gesellschaft zu Dritten die Vorschriften des zweiten und dritten Titels zur Anwendung, soweit sich nicht aus dem gegenwärtigen Titel oder aus dem Zwecke der Liquidation ein Anderes ergiebt.

ADH. Art. 144. **Entw. I** § 142. **Entw. II** § 154.

I. **Vorschriften des zweiten Titels: Rechtsverhältnis nach innen.**

a. **Allgemeines.** Für fortgesetzt anwendbar sind erklärt die Vorschriften des zweiten Titels über das Rechtsverhältnis der bisherigen „Gesellschafter untereinander"; hierin eingeschlossen sind die Vorschriften jenes Titels über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft. Die Vorschriften des zweiten Titels sind nicht auch für entsprechend anwendbar erklärt auf das Verhältnis der Liquidatoren untereinander oder der Liquidatoren zur Gesellschaft. — Über die Einwirkung des Eintritts der Liquidation auf Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft § 149 Anm. II d, auf Ansprüche der Gesellschafter gegen die übrigen gesamthaftenden Gesellschafter § 128 Anm. II a.

b. **Die einzelnen Vorschriften.**

1. **§ 109 HGB.** Verhältnis des Gesellschaftsvertrages zum Gesetz. **Anwendbar,** soweit nicht Rechte des kündigenden Privatgläubigers und des Verwalters im **Konkurs** eines Gesellschafters entgegenstehen (§ 145 Abs. 1, § 146 Abs. 2, 3, § 147, § 152).
2. **§ 110 HGB.** Aufwendungen und Verluste eines Gesellschafters. **Anwendbar,** soweit Aufwendungen eines Gesellschafters in Betracht kommen. **Nicht anwendbar,** soweit Verluste eines Gesellschafters in Betracht kommen, da mangels einer Geschäftsführung durch einen Gesellschafter als solchen die Voraussetzungen der auf Verluste bezüglichen Bestimmung des § 110 nicht vorliegen können.
3. **§ 111 HGB.** Verzögerung der Einzahlung oder Geldablieferung. Unbefugte Entnahmen. Anwendbar. — Auch während Liquidation besteht **keine Verpflichtung** zur Erhöhung der Einlage über den vereinbarten Betrag (§ 105 Anm. I h 5).

Über die Einziehung rückständiger oder zurückgezahlter Einlagen durch die Liquidatoren vgl. § 149 Anm. II b 3. Über die Möglichkeit einer Unterschlagung von Gesellschaftsvermögen durch einen Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft vgl. § 111 Anm. III b.

4. **§§ 112, 113 HGB.** Verbot von Sondergeschäften. Nicht anwendbar (§ 112 Anm. I d).

5. **§§ 114—117 HGB.** Geschäftsführung. Nicht anwendbar, da mit der Auflösung der Gesellschaft das Geschäftsführungsrecht und die Geschäftsführungspflicht unmittelbar (§ 145 Anm. II a) auf die Liquidatoren übergehen. Fallen die durch Vertrag, Beschluß oder gerichtliche Verfügung ernannten Liquidatoren fort, so geht die vorläufige Geschäftsführung nicht etwa an die früheren Gesellschafter als solche, sondern an die nach Gesetz berufenen Liquidatoren (§ 146 Abs. 1) über. Soweit die Gesellschafter als solche trotz Bestehens der Liquidation Geschäfte zu führen haben (vgl. § 149 Anm. I), kann dies nur gemäß den besonderen für die Liquidationszeit maßgebenden Vorschriften BGB. § 730 Abs. 2, HGB. § 152) erfolgen. Anzuwenden ist BGB. § 730 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1:

„Die einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage zustehende Befugnis zur Geschäftsführung erlischt jedoch, wenn nicht aus dem Vertrage sich ein Anderes ergibt, mit der Auflösung der Gesellschaft; . .“

Über die Pflicht zu vorläufiger Fürsorge in einigen Fällen der Auflösung der Gesellschaft vgl. § 137, über die zu gunsten eines die Auflösung nicht kennenden Gesellschafters bestehende Annahme einer Fortdauer der früheren Geschäftsführungspflicht vgl. § 136.

6. **§ 118 HGB.** Nachprüfungsrecht jedes Gesellschafters, insbesondere Einsichtnahme in Handelsbücher und Papiere. Der § 118 HGB. ist für anwendbar auch während der Liquidation zu erachten (ROH. 5 394, Hahn Art. 144 § 2, zust. Staub Anm. 9; abweichend Lehmann § 154 Nr. 3, Goldmann Nr. 18; dagegen ROH. 7 71). Die Gesellschafter während der Liquidation stehen den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern gleich, und auch den letzteren steht das Recht des § 118 zu. Die in § 118 zugestandene Nachprüfung und Einsicht enthält keinen Eingriff in die Geschäftsführung, und auch während der Liquidation stehen dem einzelnen Gesellschafter Rechte zu (z. B. § 147), für deren sachgemäße Ausübung unter Umständen erst bei vorhandener Möglichkeit eines Einblicks in die Geschäftsführung der Liquidatoren eine Grundlage gewonnen werden kann. Vgl. auch § 157 Abs. 3: „behalten“.

7. **§ 119 HGB.** Beschlußfassung der Gesellschafter. Anwendbar. Vgl. jedoch § 152.

8. **§ 120 HGB.** Gewinn- und Verlustanteil. Da während der Liquidation keine Jahresbilanzen gezogen werden (§ 154 Anm. II), so ist § 120 nur entsprechend anwendbar auf die Ermittelung des in die Eröffnungsbilanz und demnächst des in die Schlußbilanz (§ 154 Anm. I) einzustellenden Gewinns oder Verlustes. Beispiele der Berechnung bei Cosack HR. § 109 III 12.

9. **§ 121 HGB.** Höhe des Gewinn- und Verlustanteils. Anwendbar auf den Gewinn oder Verlust der Liquidationszeit als Ganzes (§ 155 Anm. II b).

10. **§ 122 HGB.** Entnahmen. Verminderung des Kapitalanteils. Die Anwendbarkeit des § 122 Abs. 1 ist ausdrücklich ausgeschlossen in § 153 Abs. 2. Der § 122 Abs. 2 ist anwendbar mit der Maßgabe, daß eine Verminderung des Kapitalanteils nur mit Zustimmung der Beteiligten (§ 146 Anm. III b) zulässig ist (§ 155 Anm. III b). Die Gesellschaftsgläubiger haben kein Widerspruchsrecht (vgl. § 145 Anm. II), abgesehen von den Rechten der Gläubiger bei einer etwa auf diesem Weg versuchten Vereitelung der Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft (StGB. § 288, BGB. § 134) oder der Anfechtung in einem demnächst eintretenden Gesellschaftskonkurs.

II. **Vorschriften des dritten Titels: Rechtsverhältnis zu Dritten.**

1. **§ 123 HGB.** Beginn der Wirksamkeit. Anwendbar sowohl, insoweit die in § 123 bezeichneten Tatsachen bereits vor Liquidationsbeginn eingetreten sind (RG. 11 II 02 JW. 173[36]), wie auch, insoweit sie erst später eintreten (dagegen Staub Anm. 17, Goldmann Nr. 21). Doch wird letzteres selten vorkommen. Daneben kommen in Betracht §§ 143, 148, 15.

2. **§ 124 HGB.** Rechtsfähigkeit unter der Firma. Anwendbar (vgl. § 149

Anm. IV d 2). Auch während Liquidation ist die Gesellschaft und sind nicht die Gesellschafter als solche Eigentümer des Gesellschaftsvermögens (RG. 25 256).

3. §§ 125—127 HGB. Vertretungsmacht der Gesellschafter. Nicht anwendbar. Es gilt das oben Anm. I b 5 bezüglich der Geschäftsführung Gesagte. Während Liquidation sind die Gesellschafter als solche nicht berechtigt zur Vertretung der Gesellschaft (Str. 64 266; ROH. 5 390, 21 390; § 149 Anm. I a; Ausnahme: § 149 Anm. IV b). Der einzelne Gesellschafter kann auch nicht gegen einen Schuldner der Gesellschaft auf Zahlung an (die vorhandene oder zu bildende) Liquidationsmasse klagen (Bolze 13 Nr. 501). — Da während der Liquidationszeit die Regel der Gesamtgeschäftsführung auch für die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft (soweit diese überhaupt ausnahmsweise Geschäfte führen) gilt (§ 156 Anm. I b 5), ist BGB. § 714 entsprechend anwendbar, mithin das in BGB. § 730 Abs. 2 für die Geschäftsführungsbefugnis Bestimmte auch für die Vertretungsmacht im Zweifel maßgebend. Über die gegenüber Dritten eintretende Wirkung einer versäumten oder erfolgten Eintragung der Auflösung (§ 143) oder der Liquidatoren (§ 148) vgl. § 15.

4. § 128 HGB. Haftung der Gesellschafter als Gesamtschuldner. Die bestehende Haftung erfährt durch den Eintritt der Liquidation keine Änderung (ROH. 5 393, 13 146; vgl. auch § 145 Anm. II c). Die Gesamthaftung besteht auch für die von den Liquidatoren für die Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen (ebenso Staub Anm. 20, Cosack HR. § 109 III 3, Lehmann Nr. 3; dagegen ROH. 21 47, Goldmann Nr. 14). Diese — allerdings bedenkliche — Folgerung hätte, wenn sie nicht gewollt wäre, ausdrücklich ausgeschlossen werden müssen; aus dem „Zweck der Liquidation“ ergibt sich nicht notwendig das Gegenteil. — Über die Einwirkung des Eintritts der Liquidation auf Ansprüche der Gesellschafter gegen die übrigen gesamthaftenden Gesellschafter vgl. § 128 Anm. II a.

5. § 129 HGB. Zulässige Einwendungen des Gesellschafters. Anwendbar.

6. § 130 HGB. Haftung neu eintretender Gesellschafter. Da nach Auflösung der Gesellschaft neue Gesellschafter nicht eintreten können, so kann während Liquidation der Fall des § 130 nicht vorkommen. Der Eintritt eines neuen Gesellschafters im Sinn des § 130 liegt nicht vor, wenn Erben an die Stelle des während der Liquidation verstorbenen Erblassers treten (§ 105 Anm. I d 2). Die Beteiligten sind allerdings in der Lage, die Aufhebung der Liquidation und Fortsetzung der Gesellschaft (§ 131 Anm. III) zu beschließen und dann einen neuen Gesellschafter aufzunehmen.

III. **Sonstige Vorschriften.** Indem § 156 die Vorschriften des zweiten und dritten Titels für anwendbar erklärt, schließt er nicht aus, daß auch sonstige, auf die inneren und äußeren Rechtsverhältnisse der bestehenden offenen Handelsgesellschaft bezügliche Vorschriften unmittelbar oder entsprechend anwendbar sind. Dies gilt namentlich von den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und den Vorschriften über das Verfahren. Der Gerichtsstand der Gesellschaft (§ 109 Anm. IV) zur Zeit ihrer Auflösung dauert fort (D. 107); der Liquidator für seine Person ist nicht Partei (§ 149 Anm. IV d 2), mithin auch sein persönlicher Gerichtsstand unerheblich (dagegen ROH. 12 217). Ebenso dauert die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens fort (vgl. RG. 28 134).

IV. **Beendigung der Liquidation.** Die Liquidation ist beendigt erst, wenn alle Bestandteile des Gesellschaftsvermögen verwertet sind (RG. 15 103, OLG. Dresden v. 21 VI 92 ZHR. 42 533) und die Verteilung gemäß § 155 durchgeführt ist. Zu den Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens gehören auch Forderungen der Gesellschaft (nicht der Mitgesellschafter) an einen Gesellschafter (§ 149 Anm. II b 3, KG. 27 VI 04 KGJ. 28 A 45 OLGRspr. 9 259). Daß noch unberichtigte Schulden übrig bleiben, die aus dem vorhandenen Bestand nicht getilgt werden konnten, steht nicht der Beendigung der Liquidation entgegen (KG. 27 VI 04 KGJ. 28 A 45 OLGRspr. 9 259). — Die Eintragung und Bekanntmachung der Beendigung hat auch hier nur erklärende Wirkung (§ 15 Anm. II a), ist mithin nicht entscheidend (RG. 41 96, KG. 27 VI 04 KGJ. 28 A 44 OLGRspr. 9 258). Die in § 156 vorgeschriebene fortdauernde Anwendbarkeit der Vorschriften über die bestehende Gesellschaft dauert nur bis zur Beendigung der Liquidation, nicht darüber hinaus. Ist daher die Liquidation beendet,

so kann nicht nachträglich namens der Gesellschaft eine Handlung vorgenommen werden (OLG. Dresden 21 VI 92 ZHR. 42 533). Über die Rechtslage betreffs der bei Beendigung der Liquidation schwebenden Rechtsstreite vgl. § 124 Anm. II c 7. Erst die Beendigung der Liquidation, nicht schon die Auflösung der Gesellschaft, bewirkt das Aufhören aller Rechtsbeziehungen der Gesellschaft (§ 131 Anm. II).

§ 157.

Anmeldung des Erlöschens der Firma. Bücher und Papiere.

Nach der Beendigung der Liquidation ist das Erlöschen der Firma von den Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Bücher und Papiere der aufgelösten Gesellschaft werden einem der Gesellschafter oder einem Dritten in Verwahrung gegeben. Der Gesellschafter oder der Dritte wird in Ermangelung einer Verständigung durch das Gericht bestimmt, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat.

Die Gesellschafter und deren Erben behalten das Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere.

ADH. Art. 145. **Entw. I** § 143. **Entw. II** § 155.

I. **Beendigung der Liquidation.** Vgl. § 156 Anm. IV. Eine Vereinbarung der Gesellschafter, daß vor Beendigung der Liquidation die Firma gelöscht werden solle, ist unwirksam (OLG. Hamburg 20 V 05 OLGRspr. 9 263).

II. **Anmeldung des Erlöschens der Firma.** Vgl. § 302 Anm. III.

a. **Erlöschen der Firma.** Vgl. § 31 Anm. III, § 153 Anm. I. Wird während der Liquidation die frühere Firma veräußert (§ 149 Anm. II c), so ist hierauf § 157 nicht anzuwenden; vielmehr ist die Änderung der Firmeninhaber (§ 31 Anm. I c) von den Liquidatoren (§ 148 Anm. I b) anzumelden. Endet die Liquidation gleichzeitig mit einer solchen Veräußerung der Firma, so kann die Anmeldung eines Erlöschens der Firma nicht in Frage kommen, trotzdem § 157 Abs. 1 so gefaßt ist, als müßte seine Bestimmung notwendig nach jeder Liquidationsbeendigung befolgt werden. Endet die Liquidation nicht gleichzeitig, sondern wird sie fortgeführt, so wird — namentlich wenn noch Rechtsbeziehungen zu Dritten bestehen — die Annahme einer neuen Firma kaum zu umgehen sein. Die neue Firma (§§ 19, 153) ist von den Liquidatoren (§ 148 Anm. I b) anzumelden (§ 29, § 1 Anm. II c) und demgemäß § 157 Abs. 1 nach Beendigung der Liquidation zur Löschung zu bringen. — Erlischt die Firma ohne Liquidation, z. B. durch Verkauf des Geschäfts ohne Firma, so haben die Gesellschafter die Anmeldung vorzunehmen (§ 31, D. 108). Wird dagegen erst nach eingetretener Liquidation das Geschäft ohne Firma verkauft, so erlischt hierdurch allein noch nicht die Firma; die Liquidatoren haben daher dann die Liquidation unter der Firma zu Ende zu führen und erst dann gemäß § 157 Abs. 1 zu verfahren (Staub Anm. 1).

b. **Anmeldung durch die Liquidatoren.** Über die Form der Anmeldung vgl. § 12. Kann die Anmeldung nicht im Ordnungsstrafverfahren (§ 14) erzwungen werden, so hat das Gericht das Erlöschen von Amts wegen einzutragen (§ 31 Abs. 2, D. 108). Über das Verfahren bei Löschung einer Firma von Amts wegen bestimmt FGG. § 141 (abgedruckt hinter § 16 HGB.). Die Eintragung und Bekanntmachung hat nach allgemeiner Regel nur erklärende Wirkung; die Vertretungsmacht der Liquidatoren endet daher auch ohne Eintragung oder Bekanntmachung schon bei tatsächlicher Beendigung der Liquidation (§ 149 Anm. IV e), vorbehaltlich der Rechte Dritter aus § 15 Abs. 1, 3.

c. **Prüfungsrecht des Richters.** Vgl. § 12 Anm. VI. Die Eintragung des Erlöschens der Firma hat auf Grund einer gehörigen Anmeldung dieser Tatsache zu erfolgen, unbeschadet der Befugnis des Registergerichts, die Anmeldung bei Kenntnis oder genügend begründeter Annahme der Unrichtigkeit ihres Inhalts zu beanstanden; der Anmeldende braucht weder

nachzuweisen, daß nicht der Fall des § 145 Abs. 2 vorliegt, noch daß das Gesellschaftsvermögen vollständig aufgeteilt ist (KG. 25 II 01 EntschFG. 2 73 KGJ. 22 A 108 OLGRspr. 3 346).

III. **Aufbewahrung der Bücher und Papiere.** Über den Umfang und die Dauer der Aufbewahrungspflicht bestimmt § 44. Der Verwahrer wird in erster Reihe durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt (§ 109 Halbsatz 1). Mangels einer solchen Bestimmung entscheidet eine während der Liquidation getroffene Verständigung. Die D. 108 setzt eine „Übereinkunft der Gesellschafter" voraus. In der Tat kann nicht eine „Übereinkunft der Beteiligten" verlangt werden, da dem Privatgläubiger und dem Verwalter im Konkurs des Gesellschafters kein so weitgehendes Einsichts- und Benutzungsrecht wie den Gesellschaftern (§ 156 Anm. I b 6, § 157 Anm. IV) zusteht. Ebensowenig ist eine Zustimmung der Liquidatoren als solcher erforderlich (Staub Anm. 6, Lehmann Nr. 3, Goldmann Nr. 10). Kommt eine Übereinkunft der Gesellschafter nicht zu stande, so kann eine Verfügung des Registergerichts herbeigeführt werden. Das im letzteren Fall zur Anwendung kommende Verfahren ist geordnet durch FGG. §§ 145, 146 (abgedruckt hinter HGB. § 16). Für die richterliche Entscheidung kann von Einfluß sein, welcher bisherige Gesellschafter die kaufmännische Leitung des Geschäfts einschließlich der Buchführung besorgt hat (ROH. 7 74). Über die möglicherweise bestehenden Rechte eines Geschäftsübernehmers auf Aushändigung der Bücher vgl. § 22 Anm. III c.

IV. **Recht auf Einsicht und Benutzung.** Berechtigte sind die bisherigen Gesellschafter und jeder Erbe, nicht der durch Geschäftskündigung beteiligte Privatgläubiger oder der Verwalter im Konkurs eines Gesellschafters (Anm. III), noch ein sonstiger Sondernachfolger (D. 108), auch nicht die Liquidatoren. Inwieweit andere Personen als die Gesellschafter und Erben ein Recht auf Einsicht haben, bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln (BGB. § 810, HGB. §§ 45—47). Nach § 157 Abs. 3 „behalten" die Gesellschafter und Erben das Recht auf Einsicht und Benutzung. Hieraus folgt, daß der § 157 Abs. 3 ihnen kein größeres Recht gibt, als sie bereits vorher (§ 118, § 156 Anm. I b 6) hatten (dagegen anscheinend ROH. 7 72). Über die Zulassung von Vertretern bei Einsicht der Bücher vgl. § 118 Anm. II c 3. Der § 157 Abs. 3 ist nur auf die Zeit nach Beendigung der Liquidation (oben Anm. I) anwendbar (ROH. 7 75); für die Zeit während Liquidation vgl. § 156 Anm. I b 6. Voraussetzung des § 157 Abs. 3 ist, daß bei Beendigung der Liquidation die Bücher und Papiere bei einem gewesenen Gesellschafter, einem Liquidator oder einem Dritten für die Gesellschaft sich in Verwahrung befinden; sind die Bücher vorher in das Alleineigentum eines früheren Gesellschafters oder eines Dritten gelangt, z. B. mit dem verkauften Geschäft, so sind nur die allgemeinen Vorschriften über Vorlegungspflicht (§ 45 Anm. III) anwendbar (RG. 43 134, vgl. § 22 Anm. III c). In letzterem Fall besteht kein rechtliches Interesse derjenigen, die nicht mehr Geschäftsherren sind, auf Einsichtnahme der Bücher der aufgelösten Gesellschaft zwecks Ausnutzung ihrer Handelsbeziehungen (RG. 43 135).

V. **Postsendungen mit Aufschrift an die gelöschte Firma** sind als unbestellbar zu behandeln, falls die früheren Gesellschafter nicht gemeinsam eine andere Anweisung geben (RG. 55 123).

§ 158.

Andere Art der Auseinandersetzung.

Vereinbaren die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung, so finden, so lange noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, im Verhältnisse zu Dritten die für die Liquidation geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 144. **Entw. II** § 156.

I. **Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung statt der Liquidation.** Vgl. § 145 Anm. III a. Nach D. 108 liegt der Fall des § 158 vor, „wenn die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben, und selbstverständlich auch, wenn eine bestimmte Entschließung hierüber noch nicht er-

folgt ist." Das letztere ist nicht als zutreffend anzuerkennen (zust. Staub Anm. 2; dagegen Goldmann Nr. 2). Mit der Auflösung tritt unmittelbar kraft Gesetzes die Liquidation ein, falls nicht eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart ist (§ 145; nicht „wird"). Die Liquidation beginnt nicht etwa erst mit Anmeldung der Liquidatoren; die Eintragung der letzteren hat nur erklärende Wirkung (§ 15 Anm. II a). Nach Auflösung besteht keine Schwebezeit, innerhalb deren die Gesellschafter überlegen können, ob sie eine Liquidation eintreten lassen wollen; sie sind nur in der Lage, eine bereits eingetretene Liquidation durch Vereinbarung wiederaufzuheben (§ 145 Anm. III a). Bei entgegengesetzter Auslegung wäre die Gesellschaft zeitweise ohne Vertreter; auch wäre es leicht, durch Verzögerung einer Entschließung die Rechte des Privatgläubigers oder Konkursverwalters auf das Nichtunterbleiben einer Liquidation (§ 145 Abs. 2) zu vereiteln. — Ein Auseinandersetzungsvertrag, gemäß dem ein bisheriger Gesellschafter dem anderen bisherigen Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen gegen Empfang einer Abfindungssumme überläßt (§ 142 Anm. VI), enthält zwar eine Übertragung von Rechten gegen Entgelt, aber keinen Kaufvertrag (RG. 25 257, 45 223). Über die von einem solchen Abkommen in Preußen zu entrichtende Steuer vgl. RG. 55 219. Der Übertragende ist hierbei nicht Vertreter der — gleichzeitig aufgelösten — Gesellschaft (dahingestellt RG. 45 227), sondern deren Rechtsnachfolger (§ 124 Anm. II c 7 gegen herrschende Ansicht), der mit dem zweiten Rechtsnachfolger vertragschließt. In einem Auseinandersetzungsvertrag dieses Inhalts liegt im Zweifel die Zustimmung zur Empfangnahme der an die bisherige Firma eingehenden Sendungen durch denjenigen Gesellschafter allein, der das Geschäft fortführt (RG. 55 124, vgl. § 22 Anm. III g).

II. **Entsprechende Anwendung von Vorschriften über Liquidation.**

a. **Entsprechende Anwendung.** Eine Eintragung von Liquidatoren findet nicht statt (D. 108). Die Gesellschafter stehen den Liquidatoren gleich; sie sind in der Regel gesamtvertretungsberechtigt, selbst wenn sie früher einzelvertretungsberechtigt waren (§ 150; vgl. § 156 Anm. II 3). Sie haben die unbeschränkbare gesetzliche Vertretungsmacht der Liquidatoren (D. 108). Auch § 156 kommt im Verhältnis zu Dritten zu entsprechender Anwendung (D. 108). Für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte, sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens gilt die Gesellschaft als fortbestehend (§ 131 Anm. III, KG. 17 XI 02 EntschFG. 3 186), soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert (BGB. § 730 Abs. 2). Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma klagen und verklagt werden (D. 108, RG. 6 VII 01 JW. 654[13]); steht jedoch der Kreis der Personen nicht fest, auf die sich die noch wirksamen Rechtsfolgen des früheren Gesellschaftsverhältnisses erstrecken, so können das Gericht und die Gegenpartei die Angabe fordern, welche Personen durch die Firma bezeichnet werden sollen (RG. 6 VII 01 JW. 654[13]). Auch Vollstreckungshandlungen sind gegen die Gesellschaft als solche zulässig (D. 108). Ebenso die Eröffnung eines Gesellschaftskonkurses (KO. §§ 209 Abs. 2, 207 Abs. 2).

b. **Im Verhältnis zu Dritten.** „Dritter" vgl. § 126 Anm. II a. Erleidet durch die vereinbarte Art der Auseinandersetzung das Vertragsverhältnis der früheren Gesellschaft zu dem Dritten eine wesentliche Änderung, die letzterer sich nach dem bei Abschluß des Vertrags vorhandenen Willen der Parteien nicht gefallen zu lassen braucht, so treten die Folgen tätlicher Vertragsverletzungen (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. II d) ein, der Dritte kann daher z. B. Erfüllung weigern und vom Vertrag zurücktreten (OLG. Hamburg 10 III 04 OLGRspr. 9 260).

c. **Solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist.** Gesellschaftsvermögen (§ 105 Anm. I g 1) muß noch vorhanden sein. Soweit solches überhaupt vorhanden, kann es nicht anders als ungeteilt sein. Geteiltes Gesellschaftsvermögen ist ein Unding. Kein Gesellschaftsvermögen ist mehr vorhanden, wenn — abgesehen von Scheinverträgen — ein früherer Bestandteil des Gesellschaftsvermögens ohne Teilung in Natur einigen oder allen Gesellschaftern zu gemeinschaftlichem Eigentum übereignet worden ist (§ 105 Anm. I g 3).

III. **Auseinandersetzung.** Für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander ist in erster Reihe die Vereinbarung maßgebend. Ergänzend kommen die Vorschriften des BGB. §§ 730 ff. zu entsprechender Anwendung.

Sechster Titel.

Verjährung.

§ 159.

Verjährungsfrist. Beginn der Verjährung.

Die Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren nach der Auflösung der Gesellschaft oder nach dem Ausscheiden des Gesellschafters, sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt.

Die Verjährung beginnt mit dem Ende des Tages, an welchem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts eingetragen wird.

Wird der Anspruch des Gläubigers gegen die Gesellschaft erst nach der Eintragung fällig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit.

ADH. Art. 146. **Entw. I** § 145. **Entw. II** § 157.

I. **Verjährende Ansprüche.**

a. **Allgemeines.** Der Verjährung des § 159 unterliegen nur die Ansprüche gegen einen Gesellschafter (§ 129 Anm. I a) aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 128 Anm. III). Mithin weder Ansprüche gegen die Gesellschaft, noch Ansprüche gegen den Gesellschafter, welche nicht auf seiner Gesamthaftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft beruhen. Auch Ansprüche gegen Gesellschafter aus Wechselverbindlichkeiten der Gesellschaft unterliegen — soweit die Wechselverjährung nicht eine kürzere ist — der Verjährung des § 159, da der Sonderfall einer Verjährung gegen Gesellschafter nur im HGB., nicht in der WO. (vgl. EGHGB. Art. 2 Abs. 2) geregelt ist (P. 4508). — Die Verjährung läuft auch zugunsten derjenigen Gesellschafter, welche Liquidatoren sind (M. 75).

b. **Auf Gesamthaftung beruhende Ansprüche.** Auf der Gesamthaftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft beruhen (und der Verjährung des § 159 unterliegen daher, ROH. 8 248) auch Ansprüche von Gesellschaftern gegen ihre Mitgesellschafter auf Grund dieser Gesamthaftung (§ 128 Anm. II a 3, 4; dagegen Staub Anm. 1). So z. B. Ansprüche auf Grund eines von der Gesellschaft mit dem Gesellschafter als Drittem (§ 128 Anm. II a 4) abgeschlossenen Rechtsgeschäfts (ebenso Goldmann Nr. 7; dagegen Staub Anm. 2). Ebenso (§ 128 Anm. II a 3 gegen herrschende Meinung) der Anspruch wegen Aufwendungen (dagegen, entsprechend jener herrschenden Meinung, ROH. 8 247). Hierzu gehört ferner die etwa (§ 128 Anm. II b) während bestehender oder als fortbestehend geltender (§ 131 Anm. III, II) Gesellschaft entstandene Forderung eines Gesellschafters gegen seinen Mitgesellschafter auf Ausgleichung des zur Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers Gezahlten (dagegen RG. 7 94). Nicht aber eine solche erst später entstandene Forderung. Deshalb kann ein erst später zur Zahlung auf Grund seiner Gesamthaftung gezwungener Gesellschafter einen Ausgleichungsanspruch sogar gegenüber denjenigen früheren Mitgesellschaftern geltend machen, gegenüber denen der unmittelbare Anspruch des Gläubigers bereits gemäß § 159 verjährt war (P. 261, 264). Ebenso beruhen nicht auf der Gesamthaftung, und unterliegen daher nicht dem § 159, die sonstigen Auseinandersetzungsforderungen (§ 155 Anm. IV a) der bei Auflösung vorhandenen Gesellschafter gegeneinander (RG. 7 94); wohl aber die Auseinandersetzungsforderung des ausgeschiedenen Gesellschafters (§ 138 Anm. IV, RG. 7 94). Ebenso nicht die Verbindlichkeiten, die ein Gesellschafter — trotzdem er bereits als Gesamtschuldner nach dem Gesetz haftete — noch besonders übernommen hat (RG. 11 125), z. B. indem er auf einem von der Gesellschaft ausgestellten Wechsel unter seiner persönlichen Unterschrift die Annahmeerklärung ausstellte, oder indem er durch Rundschreiben oder sonstige

Bekanntmachung erklärte, daß er die Passiva der aufgelösten Gesellschaft übernehme (RG. 10 47, Bolze 16 Nr. 314). Ebensowenig endlich beruhen auf der Gesamthaftung die Forderungen der Gesellschaft an den Gesellschafter (ROH. 8 74).

c. **Verjährung nach BGB.** Der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 159 unterliegen Ansprüche gegen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht, wenn die Verbindlichkeit der Gesellschaft einer kürzeren (BGB. §§ 196, 197) als jener fünfjährigen Verjährung unterliegt. Ist ein Anspruch gegen die Gesellschaft verjährt, so kann der Gesellschafter dies auch zu seinen Gunsten geltend machen (§ 129 Anm. II b). Offen gelassen wurde die Frage, ob, wenn eine Verjährungsfrist bereits laufe, und bei Auflösung oder Ausscheiden weniger als 5 Jahre zur Vollendung jener Verjährung erforderlich sind, die Verjährung gegen die Gesellschafter bei Vollendung jener ersten Verjährung oder erst nach 5 Jahren eintrete (P. 268). Zu entscheiden ist dahin, daß beide Verjährungen nebeneinander laufen, und bereits die Vollendung einer von ihnen dem Gesellschafter das Recht zur Verweigerung der Leistung gibt (zust. Staub Anm. 4, Lehmann Nr. 7, Goldmann Nr. 10). Der § 159 kommt zur Anwendung auch gegenüber der dreißigjährigen Verjährung des BGB. §§ 218—220; gemäß § 159 verjähren daher gegenüber dem Gesellschafter binnen fünf Jahren nach Ausscheiden oder Auflösung auch diejenigen Ansprüche, bezüglich deren nur gegenüber der Gesellschaft ein rechtskräftiges Urteil (RG. 13 97), ein vollstreckbarer Vergleich, eine vollstreckbare Urkunde oder eine vollstreckbar gewordene Feststellung im Konkurs vorliegt.

d. **Entsprechende Anwendung?** Der § 159 ist nicht entsprechend anwendbar auf eine nicht unter gemeinschaftlicher Firma betriebene, daher nicht die Eigenschaft einer offenen Handelsgesellschaft habende (§ 105 Anm. II e) Vereinigung (ROH. 8 248). Ebenso nicht auf den Fall, daß ein Geschäftsmann, nachdem er die Eintragung einer in Wahrheit nicht vorhandenen offenen Handelsgesellschaft herbeigeführt hat, unter deren Firma Geschäfte abschließt, die in Wahrheit lediglich für seine Rechnung gehen sollen (RG. 55 155).

II. **Verjährung.**

a. **Beginn.**

1. Ende des Tages der Eintragung. Die Verjährung beginnt nach § 159 Abs. 2 mit dem Ende des Tages, an welchem die Auflösung der Gesellschaft (§ 131 Anm. II) oder das Ausscheiden des Gesellschafters (§ 138 Anm. III) in das Handelsregister eingetragen ist (vgl. § 143 Anm. I). Ob oder wann eine Bekanntmachung (§ 10) erfolgt, ist unerheblich (D. 109, P. 267, 1016, RG. 10 45). Entscheidend ist — auch soweit die bei Zweigniederlassungen begründeten Ansprüche in Betracht kommen — die Eintragung bei dem Registergericht des Sitzes (§ 106 Anm. I) der Gesellschaft (§ 159 Abs. 2). Geht der Tag der Eintragung nicht aus dem Wortlaut des Eintragungsvermerks hervor, so kann der Zeitpunkt auch auf jede andere Weise festgestellt werden (ROH. 20 349). — Ohne Eintragung des Ausscheidens oder der Auflösung beginnt nicht die Verjährung (ROH. 5 82, 8 248), auch wenn jene Tatsachen in anderer Weise bekannt gemacht worden sind (OTr. 65 194); so z. B. nicht, wenn zwar die Eröffnung des Konkurses über einen Gesellschafter, aber nicht die hieraus etwa (§ 131 Anm. I e) folgende Auflösung der Gesellschaft eingetragen ist (RG. 45 49). Dies gilt auch, wenn die Errichtung der Gesellschaft nicht eingetragen war (ROH. 22 204; vgl. § 143 Anm. I). — Auf eine bei Inkrafttreten des HGB. bereits begonnene Verjährung ist entsprechend anwendbar EGBGB. Art. 169.
2. Nach Eintragung fälliger Anspruch. Bei Ansprüchen gegen die Gesellschaft, die erst nach Eintragung der Auflösung oder des Ausscheidens fällig werden (vgl. § 145 Anm. II c), beginnt nach § 159 Abs. 3 die Verjährung mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit. Entsprechend bei Forderungen, die erst nach Auflösung oder Ausscheiden entstehen (RG. 10 46). Hat die Gesellschaft vor Auflösung einem Dritten ein Wechselblankett ohne ausgefüllten Verfalltag übergeben, durch dessen Ausfüllung der Dritte einen Wechselanspruch gegen die Gesellschaft erlangen kann, so darf der Dritte nach Auflösung der Gesellschaft und Eintragung der Auflösung dem Wechsel keinen Verfalltag geben, der nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 159 Abs. 1, 2 liegen würde (RG. 58 189); die Einsetzung eines

späteren Verfalltags, weil unzulässig, hindert nicht das Beginnen der Verjährung zu dem in § 159 Abs. 2 bezeichneten Zeitpunkt (RG. 58 190). Maßgebend ist im übrigen BGB. §§ 198—200:

§ 198. „Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs. Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung."

§ 199. „Kann der Berechtigte die Leistung erst verlangen, wenn er dem Verpflichteten gekündigt hat, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte, von welchem an die Kündigung zulässig ist. Hat der Verpflichtete die Leistung erst zu bewirken, wenn seit der Kündigung eine bestimmte Frist verstrichen ist, so wird der Beginn der Verjährung um die Dauer der Frist hinausgeschoben."

§ 200. „Hängt die Entstehung eines Anspruchs davon ab, daß der Berechtigte von einem ihm zustehenden Anfechtungsrechte Gebrauch macht, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte, von welchem an die Anfechtung zulässig ist. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Anfechtung sich auf ein familienrechtliches Verhältnis bezieht."

3. Gesellschaftskonkurs insbesondere. Die Verjährung gegen die einzelnen Gesellschafter beginnt auch, wenn die Auflösung der Gesellschaft durch die Eröffnung des Gesellschaftskonkurses erfolgt ist (D. 109; anders nach früherem Recht: ROH. **23** 237, RG. **35** 25, **42** 84, **45** 48). Falls auch ein Gesellschafter in Konkurs verfällt, so ist die Verjährung gegen ihn gehemmt (BGB. § 202), bis der Ausfall im Gesellschaftskonkurs feststeht (D. 109, § 129 Anm. II d).

b. **Dauer.** Die Verjährung dauert fünf Jahre, abweichend von der Regel der dreißigjährigen Verjährung (BGB. § 195). Für die Berechnung ist maßgebend BGB. § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2. — An die Stelle der fünfjährigen Frist tritt — abgesehen von regelmäßig wiederkehrenden oder erst künftig fällig werdenden Leistungen — eine dreißigjährige, wenn — vor oder nach Auflösung oder Ausscheiden — gegenüber dem betreffenden Gesellschafter (anders, wenn nur gegenüber der Gesellschaft, oben Anm. I c) der Anspruch rechtskräftig festgestellt ist, ein vollstreckbarer Vergleich, eine vollstreckbare Urkunde oder eine vollstreckbar gewordene Feststellung im Konkurs erlangt ist (BGB. §§ 218 ff.).

c. **Hemmung, Unterbrechung.** Maßgebend ist BGB. §§ 202—207 (D. 110; vgl. RG. **19** 142).

1. Für oder gegen die Gesellschaft eintretende Tatsachen. Nach BGB. § 425 wirkt, „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergibt", die Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, nur für und gegen denjenigen Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten. Ein Anderes ergibt sich nun insoweit, daß die für die Gesellschaft eintretenden Tatsachen, also insbesondere die eingetretene Verjährung einer Schuld der Gesellschaft, auch zugunsten der bisherigen Gesellschafter wirken (§ 129 Anm. II b; vgl. § 128 Anm. I b). Die gegen die Gesellschaft eintretenden Tatsachen, also z. B. die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung einer Schuld der Gesellschaft, wirken (§ 129 Anm. II b) gegen diejenigen Gesellschafter, die zur Zeit des Eintretens der Tatsache noch Gesellschafter sind (§ 129 Anm. I a). Das Gleiche müßte an sich, im Fall des Eintretens jener Tatsache während Liquidation oder während Auseinandersetzung vor völliger Aufteilung des Gesellschaftsvermögens, gegen diejenigen gelten, welche Gesellschafter der während dieser Zeit als fortbestehend geltenden (BGB. § 730 Abs. 2) Gesellschaft sind (§ 156 Anm. II 5, § 158 Anm. II a). Ausnahmsweise bei Verjährung darf die letzterwähnte Folgerung indessen nicht gezogen werden, weil § 159 die Anordnung einer besonderen Verjährung gegen die Gesellschafter nach Gesellschaftsauflösung enthält, diese besondere Verjährung daher läuft, selbst wenn nach Gesellschaftsauflösung die Verjährung gegen die als fortbestehend geltende Gesellschaft gehemmt ist. Die so aus § 159 abzuleitende Ausnahme für Hemmung und Unterbrechung ist für die Unterbrechung wieder aufgehoben durch § 160. — Gegen einen ausgeschiedenen Gesellschafter wirkt (nach der allgemeinen Regel des § 425 BGB.) nicht die gegen die Gesellschaft eintretende Hemmung oder Unterbrechung (§ 129 Anm. I a, § 160 Anm. II, D. 110). Steht dem ausgeschiedenen Gesellschafter eine aufschiebende Einrede aus § 129 Abs. 2 oder 3 zu, so wird hierdurch nicht die Verjährung gegen diesen früheren Gesellschafter gemäß

BGB. § 202 Abs. 1 gehemmt, denn die Ausnahme des BGB. § 202 Abs. 2 ist entsprechend anwendbar, da HGB. § 129 Abs. 2, 3 dem in BGB. § 202 Abs. 2 erwähnten BGB. § 770 nachgebildet sind (§ 129 Anm. II c).

2. Für oder gegen einen Gesellschafter eintretende Tatsache. Die gegenüber einem Gesellschafter (oder einem früheren Gesellschafter) erfolgende Hemmung und Unterbrechung wirkt nach BGB. § 425 nicht gegen einen anderen Gesellschafter (D. 110). — Leistet ein früherer Gesellschafter als solcher (nicht als Liquidator) eine Abschlagszahlung an einen Dritten auf eine Schuld der Gesellschaft, so liegt hierin keine Unterbrechung gegenüber der Gesellschaft, da in der Handlung des Gesellschafters, der nicht zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist, keine Handlung der verpflichteten Gesellschaft (BGB. § 208) liegt; mithin ist § 160 HGB. in diesem Fall nicht anwendbar. Spricht aber der Zahlende nicht aus, daß er aus besonderem Grund das Bestehen einer entsprechenden persönlichen Gesamtschuld nicht anerkenne, und ist auch in einem etwaigen vom Dritten angenommenen Vorbehalt des Zahlenden nicht ein Erlaß der Restschuld für die Person des Zahlenden zu erblicken, so liegt in jener Zahlung zugleich ein Anerkenntnis der persönlichen Schuld, mithin auch eine Unterbrechung der für diese laufenden Verjährung (RG. 13 98).

d. **Wirkung.** Maßgebend ist BGB. §§ 222—224:

§ 222. „Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern.

Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist. Das Gleiche gilt von einem vertragsmäßigen Anerkenntnisse sowie einer Sicherheitsleistung des Verpflichteten."

§ 223. „Die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen.

Ist zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen worden, so kann die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung bei der Verjährung von Ansprüchen auf Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen."

§ 224. „Mit dem Hauptanspruche verjährt der Anspruch auf die von ihm abhängenden Nebenleistungen, auch wenn die für diesen Anspruch geltende besondere Verjährung noch nicht vollendet ist."

e. **Entgegenstehende Vereinbarungen.** Maßgebend ist BGB. § 225:

„Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist, ist zulässig."

Eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist ist zulässig bei Ansprüchen auf Wandelung oder Minderung, auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft und auf Beseitigung eines Mangels des Werks (BGB. § 477 Abs. 1 Satz 2, § 638 Abs. 2, vgl. HGB. Anhang zu § 377 Anm. XI d).

§ 160.

Unterbrechung.

Die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der aufgelösten Gesellschaft wirkt auch gegenüber den Gesellschaftern, welche der Gesellschaft zur Zeit der Auflösung angehört haben.

ADH. Art. 148 Abs. 2. **Entw. I** § 146. **Entw. II** § 158.

I. **Unterbrechung der Verjährung.** Über die einzelnen Fälle der Unterbrechung bestimmt BGB. §§ 208—217. Über den Zusammenhang der Vorschrift des § 160 mit den allgemeinen Grundsätzen über die Gesamthaftung der Gesellschafter vgl. § 159 Anm. II c 1. Eine Unterbrechung

gegen die Gesellschaft während Liquidation liegt nur vor, wenn die Handlung seitens derjenigen als Vertreter oder gegenüber denjenigen erfolgt, die während Liquidation Vertreter der Gesellschaft (§ 149 Anm. Ia) sind (ROH. 9 86, RG. 5 10). War die fünfjährige Verjährung gegenüber dem einzelnen Gesellschafter bereits vollendet, so wird das hierdurch begründete Recht zur Verweigerung der Leistung nicht beseitigt durch eine spätere Unterbrechung der gegen die Gesellschaft laufenden Verjährung (ROH. 9 86).

II. **Aufgelöste Gesellschaft.** Vgl. § 131 Anm. II. Die Bestimmung ist nicht entsprechend anwendbar auf das erfolgte Ausscheiden eines Gesellschafters (§ 159 Anm. IIc 1), auch nicht, wenn später, noch innerhalb der fünfjährigen Verjährungsfrist, die unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehende Gesellschaft in Liquidation tritt (RG. 6 36).

Anhang zum ersten Abschnitt.

Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft.

Gesellschaftsvertrag.

§ 705. Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.

Vgl. HGB. § 105 Anm. Ib, Ih.

Beiträge. Einlagen.

§ 706. Die Gesellschafter haben in Ermangelung einer anderen Vereinbarung gleiche Beiträge zu leisten.

Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter werden sollen. Das Gleiche gilt von nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht blos für die Gewinnvertheilung bestimmt ist.

Der Beitrag eines Gesellschafters kann auch in der Leistung von Diensten bestehen.

Vgl. HGB. § 105 Anm. Ih.

Erhöhung des Beitrags oder der Einlage.

§ 707. Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet.

Vgl. HGB. § 105 Anm. Ih 5.

Haftung für Sorgfalt.

§ 708. Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Vgl. HGB. § 114 Anm. V.

Geschäftsführung.

§ 709. Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft steht den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.

Hat nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, so ist die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen.

Statt BGB. § 709 Abs. 1 bestimmt für die offene Handelsgesellschaft abweichend HGB. §§ 114, 115. Mit BGB. § 709 Abs. 2 stimmt überein HGB. § 119 Abs. 2.

Übertragung der Geschäftsführung.

§ 710. Ist in dem Gesellschaftsvertrage die Führung der Geschäfte einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Ist die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern übertragen, so finden die Vorschriften des §. 709 entsprechende Anwendung.

Mit BGB. § 710 Satz 1 übereinstimmend HGB. § 114 Abs. 2. Von BGB. § 710 Satz 2 abweichend HGB. § 115.

Vertragliche Einzelbefugnis zur Geschäftsführung.

§ 711. Steht nach dem Gesellschaftsvertrage die Führung der Geschäfte allen oder mehreren Gesellschaftern in der Art zu, dass jeder allein zu handeln berechtigt ist, so kann jeder der Vornahme eines Geschäfts durch den anderen widersprechen. Im Falle des Widerspruchs muss das Geschäft unterbleiben.

In dieser Fassung nicht anwendbar auf offene Handelsgesellschaften. Vgl. Anmerkungen zu BGB. §§ 709, 710, HGB. § 115 Abs. 1.

Entziehung, Kündigung der Geschäftsführungsbefugnis.

§ 712. Die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugniss zur Geschäftsführung kann ihm durch einstimmigen Beschluss oder, falls nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen entscheidet, durch Mehrheitsbeschluss der übrigen Gesellschafter entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmässigen Geschäftsführung.

Der Gesellschafter kann auch seinerseits die Geschäftsführung kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; die für den Auftrag geltenden Vorschriften des §. 671 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

Von BGB. § 712 Abs. 1 abweichend HGB. § 117. Vgl. HGB. § 117 Anm. Ia—c. Zu BGB. § 712 Abs. 2 vgl. HGB. § 117 Anm. II.

§ 671 Abs. 2, 3. Der Beauftragte darf nur in der Art kündigen, dass der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, dass ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Liegt ein wichtiger Grund vor, so ist der Beauftragte zur Kündigung auch dann berechtigt, wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat.

Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter.

§ 713. Die Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§. 664 bis 670, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältniss ein Anderes ergiebt.

Unübertragbarkeit des Auftrags. Haftung für Vertreter und Gehilfen.

§ 664. Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen. Ist die Uebertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Uebertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehülfen ist er nach §. 278 verantwortlich.

Der Anspruch auf Ausführung des Auftrags ist im Zweifel nicht übertragbar.

Vgl. § 114 HGB. Anm. III.

§ 278. Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des §. 276 Abs. 2 findet keine Anwendung.

§ 276 Abs. 2. Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.

Abweichung von Weisungen.

§ 665. Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntniss der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschliessung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

Vgl. HGB. § 116 Anm. II f.

Nachrichten. Auskunft. Rechenschaft.

§ 666. Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu ertheilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen.

Vgl. HGB. § 114 Anm. VI.

Herausgabe des Empfangenen.

§ 667. Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber Alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben.

Vgl. HGB. § 111 Anm. II.

Eigennützige Verwendung von Geld.

§ 668. Verwendet der Beauftragte Geld für sich, das er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.

Vgl. HGB. § 111 Anm. IV.

Vorschuss für Aufwendungen.

§ 669. Für die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Aufwendungen hat der Auftraggeber dem Beauftragten auf Verlangen Vorschuss zu leisten.

Vgl. HGB. § 110 Anm. I c.

Ersatz von Aufwendungen.

§ 670. Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet.

Vgl. HGB. § 110 Anm. I a.

Macht zur Vertretung anderer Gesellschafter.

§ 714. Soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugniss zur Geschäftsführung zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten.

Abweichend HGB. § 125 (§ 125 Anm. I a). — Für die Liquidationszeit vgl. HGB. § 156 Anm. II 3.

Entziehung der Macht zur Vertretung anderer Gesellschafter.

§ 715. Ist im Gesellschaftsvertrag ein Gesellschafter ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, so kann die Vertretungsmacht nur nach Massgabe des §. 712 Abs. 1 und, wenn sie in Verbindung mit der Befugniss zur Geschäftsführung ertheilt worden ist, nur mit dieser entzogen werden.

Abweichend HGB. § 127.

Nachprüfungs- und Einsichtsrecht jedes Gesellschafters.

§ 716. Ein Gesellschafter kann, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen.

Eine dieses Recht ausschliessende oder beschränkende Vereinbarung steht der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.

Vgl. HGB. § 118.

Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis. Beschränkte Übertragbarkeit.

§ 717. Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zustehen, sind nicht übertragbar. Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnantheil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt.

Vgl. HGB. § 105 Anm. I f.

Gesellschaftsvermögen.

§ 718. Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen).

Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird.

Vgl. HGB. § 105 Anm. I g. Der § 718 BGB. schließt nicht aus, daß auch andere als die darin aufgeführten Sachen und Rechte, z. B. das Forderungsrecht auf Beitragsleistung, zum Gesellschaftsvermögen gehören können (RG. 54 301).

Verfügung über einen Anteil am Gesellschaftsvermögen.

§ 719. Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Theilung zu verlangen.

Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen.

Vgl. HGB. § 105 Anm. I g.

Kenntnis Dritter von der Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen.

§ 720. Die Zugehörigkeit einer nach §. 718 Abs. 1 erworbenen Forderung zum Gesellschaftsvermögen hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntniss erlangt; die Vorschriften der §§. 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung.

Vgl. HGB. § 105 Anm. I g 1.

> § 406. Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, dass er bei dem Erwerbe der Forderung von der Abtretung Kenntniss hatte oder dass die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntniss und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.
>
> § 407. Der neue Gläubiger muss eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der

Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt.

Ist in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urtheil über die Forderung ergangen, so muss der neue Gläubiger das Urtheil gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gekannt hat.

§ 408. Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten, so finden, wenn der Schuldner an den Dritten leistet oder wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechtsgeschäft vor genommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zu Gunsten des Schuldners die Vorschriften des §. 407 dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluss einem Dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, dass die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen sei.

Rechnungsabschluss. Gewinn- und Verlustverteilung.

§ 721. Ein Gesellschafter kann den Rechnungsabschluss und die Vertheilung des Gewinns und Verlustes erst nach der Auflösung der Gesellschaft verlangen.

Ist die Gesellschaft von längerer Dauer, so hat der Rechnungsabschluss und die Gewinnvertheilung im Zweifel am Schlusse jedes Geschäftsjahrs zu erfolgen.

Abweichend HGB. §§ 120—122.

Gewinn- und Verlustanteile.

§ 722. Sind die Antheile der Gesellschafter am Gewinn und Verluste nicht bestimmt, so hat jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Grösse seines Beitrags einen gleichen Antheil am Gewinn und Verluste.

Ist nur der Antheil am Gewinn oder am Verluste bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust.

Von BGB. § 722 Abs. 1 abweichend HGB. § 121, wonach vorweg vierprozentige Verzinsung der Kapitalanteile aus dem Jahresgewinn. Zu BGB. § 722 Abs. 2 vgl. HGB. § 121 Anm. II.

Kündigung.

§ 723. Ist die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen, so kann jeder Gesellschafter sie jederzeit kündigen. Ist eine Zeitdauer bestimmt, so ist die Kündigung vor dem Ablaufe der Zeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Unter der gleichen Voraussetzung ist, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt ist, die Kündigung ohne Einhaltung der Frist zulässig.

Die Kündigung darf nicht zur Unzeit geschehen, es sei denn, dass ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt ein Gesellschafter ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er den übrigen Gesellschaftern den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig.

Abweichend HGB. §§ 132, 133 (HGB. § 132 Anm. III, IV).

Lebenslängliche oder nach Zeitablauf fortgesetzte Gesellschaft.

§ 724. Ist eine Gesellschaft für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen, so kann sie in gleicher Weise gekündigt werden wie eine für unbestimmte Zeit eingegangene

Gesellschaft. Dasselbe gilt, wenn eine Gesellschaft nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird.

Vgl. HGB. § 134.

Pfändung des Gesellschaftsanteils durch Privatgläubiger.

§ 725. Hat ein Gläubiger eines Gesellschafters die Pfändung des Antheils des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen erwirkt, so kann er die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, sofern der Schuldtitel nicht blos vorläufig vollstreckbar ist.

Solange die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger die sich aus dem Gesellschaftsverhältniss ergebenden Rechte des Gesellschafters, mit Ausnahme des Anspruchs auf einen Gewinnantheil, nicht geltend machen.

Abweichend HGB. § 135 (HGB. § 105 Anm. I g 1, § 135 Anm. VI). Vgl. auch HGB. § 141.

Endigung durch Zweckerreichung oder deren Unmöglichkeit.

§ 726. Die Gesellschaft endigt, wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist.

Nicht anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (D. 97); ersetzt durch HGB. § 133 (HGB. § 133 Anm. I d 2).

Auflösung durch Tod eines Gesellschafters.

§ 727. Die Gesellschaft wird durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt.

Im Falle der Auflösung hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die seinem Erblasser durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können. Die übrigen Gesellschafter sind in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend.

Mit BGB. § 727 Abs. 1 stimmt überein HGB. § 131 Nr. 4, mit BGB. § 727 Abs. 2 im wesentlichen HGB. § 137 Abs. 1.

Auflösung durch Konkurs eines Gesellschafters.

§ 728. Die Gesellschaft wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst. Die Vorschriften des §. 727 Abs. 2 Satz 2, 3 finden Anwendung.

Mit BGB. § 728 Satz 1 stimmt überein HGB. § 131 Nr. 5, mit BGB. § 728 Satz 2 im wesentlichen HGB. § 137 Abs. 2. Vgl. auch KO. § 28.

Fortdauer der Geschäftsführungsbefugnis.

§ 729. Wird die Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung aufgelöst, so gilt die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugniss zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntniss erlangt oder die Auflösung kennen muss.

Vgl. HGB. § 136. Vgl. auch KO. § 28.

Auseinandersetzung. Geschäftsführung nach Auflösung.

§ 730. Nach der Auflösung der Gesellschaft findet in Ansehung des Gesellschaftsvermögens die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern statt.

Für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert.

Die einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage zustehende Befugniss zur Geschäftsführung erlischt jedoch, wenn nicht aus dem Vertrage sich ein Anderes ergiebt, mit der Auflösung der Gesellschaft; die Geschäftsführung steht von der Auflösung an allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu.

Teilweise abweichend HGB. §§ 145, 146. Zu BGB. § 730 Abs. 2 vgl. HGB. § 131 Anm. II, § 156 Anm. Ib 5.

Durchführung der Auseinandersetzung.

§ 731. Die Auseinandersetzung erfolgt in Ermangelung einer anderen Vereinbarung in Gemässheit der §§. 732 bis 735. Im Uebrigen gelten für die Theilung die Vorschriften über die Gemeinschaft.

Abweichend von BGB. § 731 Satz 2 bei Liquidation der offenen Handelsgesellschaft, soweit nicht gegenteilige Anweisung aller Beteiligten erfolgt (HGB. § 149 Anm. III). Über Auseinandersetzung bei Ausscheiden eines Gesellschafters BGB. §§ 738 ff. (HGB. § 138 Anm. IV).

Teilung in Natur.

§ 752. Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt durch Theilung in Natur. wenn der gemeinschaftliche Gegenstand oder, falls mehrere Gegenstände gemeinschaftlich sind, diese sich ohne Verminderung des Werthes in gleichartige, den Antheilen der Theilhaber entsprechende Theile zerlegen lassen. Die Vertheilung gleicher Theile unter die Theilhaber geschieht durch das Loos.

Abweichend nach gesetzlicher Regel bei Liquidation der offenen Handelsgesellschaft (HGB. § 149 Anm. IIc, III).

Verkauf und Teilung des Erlöses.

§ 753. Ist die Theilung in Natur ausgeschlossen, so erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung, und durch Theilung des Erlöses. Ist die Veräusserung an einen Dritten unstatthaft, so ist der Gegenstand unter den Theilhabern zu versteigern.

Hat der Versuch, den Gegenstand zu verkaufen, keinen Erfolg, so kann jeder Theilhaber die Wiederholung verlangen; er hat jedoch die Kosten zu tragen, wenn der wiederholte Versuch misslingt.

Abweichend nach gesetzlicher Regel bei Liquidation der offenen Handelsgesellschaft (HGB. § 149 Anm. IIc, III).

Verkauf einer Forderung.

§ 754. Der Verkauf einer gemeinschaftlichen Forderung ist nur zulässig, wenn sie noch nicht eingezogen werden kann. Ist die Einziehung möglich, so kann jeder Theilhaber gemeinschaftliche Einziehung verlangen.

Abweichend nach gesetzlicher Regel bei Liquidation der offenen Handelsgesellschaft (HGB. § 149 Anm. IIb, III).

Gemeinsame Schuld.

§ 755. Haften die Theilhaber als Gesammtschuldner für eine Verbindlichkeit, die sie in Gemässheit des §. 748 nach dem Verhältniss ihrer Antheile zu erfüllen haben oder die sie zum Zwecke der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit eingegangen sind, so kann jeder Theilhaber bei der Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, dass die Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt wird.

Der Anspruch kann auch gegen die Sondernachfolger geltend gemacht werden.

Soweit zur Berichtigung der Schuld der Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes erforderlich ist, hat der Verkauf nach §. 753 zu erfolgen.

BGB. § 755 Abs. 1, weil nur ein Gegengewicht gegen die (bei der Liquidation der offenen Handelsgesellschaft nach gesetzlicher Regel ausgeschlossene) Teilung in Natur

enthaltend, nicht entsprechend anwendbar auf die von der offenen Handelsgesellschaft zu den in BGB. § 748 genannten Zwecken aufgenommenen Schulden. — BGB. § 755 Abs. 2 nicht anwendbar, weil Sondernachfolger eines offenen Handelsgesellschafters nur als Forderungsberechtigte vorkommen können (§ 105 Anm. I g 2). — Von BGB. § 755 Abs. 3 abweichend nach gesetzlicher Regel bei Liquidation HGB. § 149 (HGB. § 149 Anm. II c).

§ 748. Jeder Theilhaber ist den anderen Theilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnisse seines Antheils zu tragen.

Nicht anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (BGB. § 707, HGB. § 105 Anm. I g 3).

Auf die Gemeinschaft gegründete Forderungen der Teilhaber gegeneinander.

§ 756. Hat ein Theilhaber gegen einen anderen Theilhaber eine Forderung, die sich auf die Gemeinschaft gründet, so kann er bei der Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung seiner Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Theile des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen. Die Vorschriften des §. 755 Abs. 2, 3 finden Anwendung.

Nicht anwendbar auf eine der gesetzlichen Regel entsprechende Liquidation der offenen Handelsgesellschaft, weil nur ein Gegengewicht gegen die (bei der Liquidation der offenen Handelsgesellschaft in der Regel ausgeschlossene) Teilung in Natur enthaltend.

Gewährleistung.

§ 757. Wird bei der Aufhebung der Gemeinschaft ein gemeinschaftlicher Gegenstand einem der Theilhaber zugetheilt, so hat wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache jeder der übrigen Theilhaber zu seinem Antheil in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten.

Nach gesetzlicher Regel ist eine solche Zuteilung bei Liquidation der offenen Handelsgesellschaft ausgeschlossen (HGB. § 149 Anm. II c, III). Soweit eine Zuteilung ausnahmsweise erfolgt, entsteht eine dem BGB. § 757 entsprechende Gewährleistungspflicht der Gesellschaft, und die übrigen Gesellschafter haften als Gesamtschuldner, vorbehaltlich der Einwendung, daß jeder nur auf Höhe seines (Verlust-)Anteils hafte (HGB. § 156, § 128 Anm. II a 3, II b).

Benutzte Gegenstände eines Gesellschafters.

§ 732. Gegenstände, die ein Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, sind ihm zurückzugeben. Für einen durch Zufall in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand kann er nicht Ersatz verlangen.

Anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (HGB. § 155 Anm. I a).

Schulden. Einlagen. Versilberung.

§ 733. Aus dem Gesellschaftsvermögen sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden mit Einschluss derjenigen zu berichtigen, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern getheilt sind oder für welche einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften. Ist eine Schuld noch nicht fällig oder ist sie streitig, so ist das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten.

Aus dem nach der Berichtigung der Schulden übrig bleibenden Gesellschaftsvermögen sind die Einlagen zurückzuerstatten. Für Einlagen, die nicht in Geld bestanden haben, ist der Werth zu ersetzen, den sie zur Zeit der Einbringung gehabt haben. Für Einlagen, die in der Leistung von Diensten oder in der Ueberlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden haben, kann nicht Ersatz verlangt werden.

Zur Berichtigung der Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen ist das Gesellschaftsvermögen, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen.

BGB. § 733 Abs. 1 teilweise nicht anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (HGB. § 149 Anm. II d). — Von BGB. § 733 Abs. 2 abweichend HGB. § 155 Abs. 1. — Von BGB. § 733 Abs. 3 abweichend HGB. § 149 (HGB. § 149 Anm. III).

Überschuss.

§ 734. Verbleibt nach der Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und der Rückerstattung der Einlagen ein Ueberschuss, so gebührt er den Gesellschaftern nach dem Verhältniss ihrer Antheile am Gewinne.

Abweichend HGB. § 155 Abs. 1.

Fehlbetrag.

§ 735. Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen nicht aus, so haben die Gesellschafter für den Fehlbetrag nach dem Verhältniss aufzukommen, nach welchem sie den Verlust zu tragen haben. Kann von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem gleichen Verhältnisse zu tragen.

Entsprechend anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft in dem Verhältnis der Gesellschafter untereinander (HGB. § 155 Anm. IV).

Ausscheiden eines Gesellschafters.

§ 736. Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, dass, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet bei dem Eintritt eines solchen Ereignisses der Gesellschafter, in dessen Person es eintritt, aus der Gesellschaft aus.

Abweichend HGB. § 138. Vgl. auch HGB. § 141.

Ausschliessung aus wichtigem Grund.

§ 737. Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, dass, wenn ein Gesellschafter kündigt, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so kann ein Gesellschafter, in dessen Person ein die übrigen Gesellschafter nach §. 723 Abs. 1 Satz 2 zur Kündigung berechtigender Umstand eintritt, aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Das Ausschliessungsrecht steht den übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Die Ausschliessung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem auszuschliessenden Gesellschafter.

Abweichend HGB. § 140.

Rechte des Ausscheidenden bei Auseinandersetzung.

§ 738. Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Antheil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Diese sind verpflichtet, dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, nach Massgabe des §. 732 zurückzugeben, ihn von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien und ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

Der Werth des Gesellschaftsvermögens ist, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln.

Entsprechend anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (HGB. § 138 Anm. IV).

Pflichten des Ausscheidenden bei Auseinandersetzung.

§ 739. Reicht der Werth des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Antheils am Verlust aufzukommen.

Entsprechend anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (HGB. § 138 Anm. IV).

Bei Ausscheiden schwebende Geschäfte.

§ 740. Der Ausgeschiedene nimmt an dem Gewinn und dem Verluste Theil, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergiebt. Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vortheilhaftesten erscheint.

Der Ausgeschiedene kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen.

Entsprechend anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (HGB. § 138 Anm. IV).

Zweiter Abschnitt.

Kommanditgesellschaft.

I. Begriff. Vorschriften über offene Handelsgesellschaft als Grundlage (§ 161).

§ 161.

Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine Kommanditgesellschaft, wenn bei einem oder bei einigen von den Gesellschaftern die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (Kommanditisten), während bei dem anderen Theile der Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (persönlich haftende Gesellschafter).

Soweit nicht in diesem Abschnitt ein Anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

ADH. Art. 150 u. a. **Entw. I** § 147. **Entw. II** § 159.

I. **Begriff der Kommanditgesellschaft.**

a. **Gesellschaft.** Vgl. § 105 Anm. I. Die Sonderung der beiden Gestaltungen der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft erfolgte erst im Lauf der Beratungen der Nürnberger Konferenz (P. 309, 1030—33, 1077 ff., 1158, 1166). Erstere ist eine Gesellschaft nicht nur nach innen, sondern auch nach außen, letztere nur nach innen. — Der Eintritt einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter ist für zulässig zu erachten (KGJ. 2 21 gegen **11** 20; § 105 Anm. I e 1); ebenso (§ 161 Anm. **II** a) auch ihr Eintritt als Kommanditist. — Auch die Kommanditgesellschaft ist keine juristische Person (KGJ. 4 64, ROH. 25 280, RG. 32 399; dahingestellt RGSt. 18 124), wohl aber, ebenso wie die offene Handelsgesellschaft, eine selbständig rechtsfähige, unter selbständigem Gesamtnamen auftretende und organisierte Gemeinschaft zur gesamten Hand (§ 105 Anm. I c).

b. Der Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet. Vgl. § 105 Anm. II. Das Merkmal der gemeinschaftlichen Firma ist eins der Merkmale, welche die Kommanditgesellschaft von der stillen Gesellschaft unterscheiden.

c. Bei mindestens einem Gesellschafter ist die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt (= Kommanditist).

1. Haftungsbeschränkung. Vgl. § 105 Anm. IIIa. „Persönlich" haftet auch der Kommanditist; nur beschränkt (CosackHR. § 111 VIII 3b).

2. Gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Vgl. § 105 Anm. IIIb. Unerheblich ist, ob vereinbart ist, daß nach innen der Kommanditist unbeschränkt haften soll oder auch, daß er nach innen mit einem größeren oder mit einem kleineren Betrag als demjenigen haften soll, womit er nach außen (= gegenüber den Gesellschaftsgläubigern) haftet. Der Betrag, womit er im inneren Verhältnis der Gesellschafter haftet, kann daher ein anderer sein als derjenige, womit er gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haftet (D. 110).

3. Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage.

α. Betrag. Das Wort „Betrag" deutet an, daß durch eine bestimmte Geldsumme ausgedrückt werden muß, bis zu welcher Höhe der Kommanditist den Gläubigern haften soll (D. 111).

β. „Vermögenseinlage" ist nicht nur jede Geldeinlage, sondern auch (RG. 2 306) jede sonstige Einlage von Kapital (z. B. Sachen, Rechte, Kundschaft). Dagegen ist ein Beitrag von Arbeitsleistung, wenngleich eine Einlage (§ 105 Anm. Ih 2), doch keine Einlage von Vermögen (dagegen Renaud KG. 119). Eine Gesellschaft, bei welcher die Haftung des einen Gesellschafters gegenüber Dritten auf den geschätzten Wert einer bestimmten künftig beizutragenden Arbeitsleistung (nicht etwa das Ergebnis einer vergangenen Arbeitsleistung) beschränkt wird, ist daher nicht als Kommanditgesellschaft anzusehen (P. 288, Staub Anm. 9; dagegen Hahn Art. 150 § 1 III, Behrend § 87 Anm. 10, Lehmann Nr. 6, Goldmann Nr. 20). Zuzugeben ist allerdings, daß ein durchschlagender sachlicher Grund, beide Fälle verschieden zu behandeln, nicht ersichtlich ist. Bei gegenteiliger Auslegung würden die Worte „einer Vermögenseinlage" in der Begriffsbestimmung des § 161 Abs. 1 überflüssig werden. Mit Absicht aber (vgl. nachstehenden Auszug aus der Denkschrift) ist § 161 nicht dahin gefaßt worden, daß die Haftung „mit einem bestimmten Betrage" genügen solle. — Von der Stellung eines nur mit Arbeitsleistung beteiligten Gesellschafters (der, wenn die vorstehende Ausführung zutreffend, trotz vereinbarter Haftungsbeschränkung nicht als Kommanditist, sondern unbeschränkt haftet) ist zu unterscheiden die Stellung eines Handlungsgehilfen mit Anteil am Reingewinn (§ 59 Anm. IIIb). — Eine Gebrauchsüberlassung ist Einlage (§ 105 Anm. Ih); ob Vermögenseinlage, vgl. § 335 Anm. Vb. Die Eröffnung eines Warenkredits und dementsprechende Warenlieferung unter Eigentumsvorbehalt ist keine Vermögenseinlage (RG. 31 74).

. Verhältnis von Einlage und Haftsumme. Hierüber bemerkt D. 110: „Daß der Betrag der Einlage, zu deren Leistung sich der Kommanditist seinen Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet, nicht unter allen Umständen mit dem Betrage, welcher für seine Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern maßgebend ist, übereinstimmen muß, daß also der Betrag der Einlage für das Verhältnis unter den Gesellschaftern und gegenüber Dritten ein verschiedener sein kann, ist schon gegenwärtig allgemein anerkannt und kommt in den Vorschriften der §§ 169, 171 des Entwurfs (§§ 172, 174 HGB.) noch klarer zum Ausdrucke. Der bezeichnete Umstand kann jedoch nicht dazu führen, die dem ADH. zu grunde liegende Auffassung einer Haftung des Kommanditisten mit seiner Einlage ganz aufzugeben und statt dessen, wie es von einzelnen Seiten befürwortet wird, das Wesen der Kommanditgesellschaft in die Beteiligung des Kommanditisten mit einer zunächst nur für das Verhältnis nach außen entscheidenden Haftsumme zu legen . . . Nicht auf die Festsetzung einer Garantiesumme für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sondern auf die Vereinbarung einer von dem Kommanditisten in die

Gesellschaftskasse einzuschießenden Einlage pflegt die Absicht der Beteiligten zunächst gerichtet zu sein. Die innere und die äußere Verpflichtung des Kommanditisten decken sich überdies in den weitaus meisten Fällen . . . ." Diese Ausführungen sind nicht überzeugend. Die Folge der Nichtauseinanderhaltung der beiden Begriffe im Gesetz ist, daß unter „Einlage" mitunter etwas Verschiedenes zu verstehen ist, je nachdem das innere oder äußere Verhältnis in Betracht kommt. Die Einlage im Verhältnis nach innen (dagegen Lehmann § 167 Nr. 3) wird auch als „bedungene Einlage" bezeichnet (§ 167 Abs. 2, § 169 Abs. 1), die Einlage im Verhältnis nach außen auch als „Einlage im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft" (§ 172 Abs. 1).

d. **Bei mindestens einem Gesellschafter ist die Haftung (gegenüber den Gesellschaftsgläubigern) unbeschränkt (= persönlich haftender Gesellschafter).** Vgl. § 105 Anm. III. Die Kommanditisten können bis zur Beendigung der Liquidation Ansprüche auf Gewinnanteil (§ 128 Anm. II a 2) nicht (wie ROH. 24 166 angenommen) gegen den persönlich haftenden Gesellschafter geltend machen, vielmehr nur gegen die Gesellschaft (§ 122 Anm. II a).

II. **Anwendbarkeit der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften.**

a. **Allgemeines.** Die Kommanditgesellschaft ist eine Abart der offenen Handelsgesellschaft (D. 111, RG. 32 399). Der § 161 Abs. 2 erklärt — soweit in Buch II Abschnitt 2 nicht ein Anderes vorgeschrieben — allgemein „die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften" für anwendbar, ohne Beschränkung auf die im Handelsgesetzbuch enthaltenen. Bei dieser Anwendung ist insbesondere zu beachten, daß — soweit Ausnahmen nicht vorgeschrieben — die für die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft gegebenen Vorschriften nicht nur auf die persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, sondern auch auf die Kommanditisten anzuwenden sind (RG. 32 399). Auch die Kommanditisten haben einen „Anteil am Gesellschaftsvermögen" nur in dem in § 105 Anm. I g 2 entwickelten Sinn (RG. 24 IX 83 GruchotsBeitr. 28 249, Bolze 3 Nr. 781). Die Aufnahme eines neuen Kommanditisten (RG. 52 162) oder persönlich haftenden Gesellschafters (RG. 20 V 05 HoldheimsMSchr. 234) kann nur durch Vertrag mit den bisherigen persönlich haftenden Gesellschaftern und Kommanditisten erfolgen (§ 105 Anm. I f 3).

b. **Die einzelnen Vorschriften.**

1. **§ 105 HGB.** Begriff der offenen Handelsgesellschaft (Abs. 1). Bürgerliches Gesetzbuch als Grundlage (Abs. 2). Der § 105 Abs. 1 nicht anwendbar. Der § 105 Abs. 2 anwendbar, soweit auch in Buch II Abschnitt 2 nicht ein Anderes vorgeschrieben ist.
2. **§§ 106—108 HGB.** Anmeldung bei Errichtung der Gesellschaft und bei Änderungen. Form der Anmeldung und Zeichnung. Anwendbar. Hervorzuheben ist, daß auch die Kommanditisten bei denjenigen Anmeldungen, auf welche §§ 106—108 (und § 162) sich beziehen (§ 108 Anm. I), mitwirken müssen (§ 108 Abs. 1, § 161 Anm. II a; vgl. auch P. 293), jedoch nicht die Firma zur Aufbewahrung bei dem Registergericht zu zeichnen haben (§ 108 Abs. 2, § 170). Der § 162 schreibt eine zusätzliche Anmeldung vor.
3. **§ 109 HGB.** Verhältnis des Gesellschaftsvertrages zum Gesetz. Anwendbar, soweit §§ 163—169 nicht entgegenstehen.
4. **§ 110 HGB.** Aufwendungen und Verluste eines Gesellschafters. Anwendbar. Da Kommanditisten von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind (§ 164; vgl. jedoch § 161 Anm. II b 7), kann auf sie die Bestimmung über Verluste in der Regel nicht zur Anwendung kommen.
5. **§ 111 HGB.** Verzögerung der Einzahlung oder Geldablieferung. Unbefugte Entnahmen. Anwendbar. Auch der persönlich haftende Gesellschafter kann eine Unterschlagung am Gesellschaftsvermögen begehen (§ 111 Anm. III b).
6. **§§ 112, 113 HGB.** Verbot von Sondergeschäften. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter. Nicht anwendbar auf die Kommanditisten (§ 165), außer soweit vertraglich etwas Entgegengesetztes vereinbart (§ 163).
7. **§§ 114—117 HGB.** Geschäftsführung. Anwendbar auf die Geschäftsführung durch

die persönlich haftenden Gesellschafter. Die Kommanditisten sind von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 164). Auf sie sind daher §§ 114, 116 Abs. 1, ferner § 116 Abs. 3 (vgl. § 164 Satz 2) und auch § 115 (vgl. § 164 Anm. II) nicht anwendbar. Der § 116 Abs. 2 (streitig: § 164 Anm. II) und § 117 sind auch auf die Kommanditisten insoweit anwendbar, daß die dort genannten „Gesellschafter" auch die Kommanditisten einschließen (§ 161 Anm. IIa). Soweit den Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung übertragen ist (§ 164 Anm. I), sind auch auf sie die §§ 114 Abs. 1, 115—117 anwendbar. Nicht auch § 114 Abs. 2, da diese Bestimmung nur den Sinn einer ausdrücklichen Übertragung der Geschäftsführung an einen auch ohnedies bereits geschäftsführenden Gesellschafter feststellt (Staub § 164 Anm. 7, Lehmann § 164 Nr. 4; dagegen Goldmann § 164 Nr. 5).

8. **§ 118 HGB.** Nachprüfungsrecht jedes Gesellschafters, insbesondere Einsichtnahme in Handelsbücher und Papiere. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter. Nicht anwendbar und ersetzt durch § 166 bezüglich der Kommanditisten.

9. **§ 119 HGB.** Beschlußfassung der Gesellschafter. Anwendbar. Die „Gesellschafter" sind persönlich haftende Gesellschafter und Kommanditisten (§ 161 Anm. IIa).

10. **§ 120 HGB.** Gewinn- und Verlustanteil. Der § 120 Abs. 1 ist anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter und die Kommanditisten. Der § 120 Abs. 2 ist anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter; auf die Kommanditisten jedoch nur mit den Maßgaben in § 167.

11. **§ 121 HGB.** Höhe der Gewinn- und Verlustanteile. Der § 121 Abs. 1 und 2 anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter und die Kommanditisten (§ 168 Abs. 1). Der § 121 Abs. 3 ist sowohl bezüglich der persönlich haftenden Gesellschafter wie bezüglich der Kommanditisten ersetzt durch § 168 Abs. 2.

12. **§ 122 HGB.** Verminderung des Kapitalanteils. Entnahmen. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter. Der § 122 Abs. 1 nicht anwendbar auf die Kommanditisten (§ 169 Abs. 1), sondern ersetzt durch § 169. Die dem § 122 Abs. 2 zu grund liegende Regel anwendbar auch auf die Kommanditisten (§ 169 Anm. III).

13. **§ 123 HGB.** Beginn der Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft im Verhältnis zu Dritten. Anwendbar (vgl. D. 114) mit der Maßgabe in § 176 Abs. 1. Vgl. § 176 Anm. Ia.

14. **§ 124 HGB.** Rechtsfähigkeit unter der Firma. Anwendbar (vgl. D. 114, ROH. 2 169).

15. **§§ 125—127 HGB.** Vertretungsmacht der Gesellschafter. Anwendbar auf die Vertretung durch die persönlich haftenden Gesellschafter. Die Kommanditisten sind (als solche) zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt (§ 170). Auf sie sind daher §§ 122, 126 nicht anwendbar. Der § 127 ist auch auf die Kommanditisten insoweit anwendbar, daß die dort genannten „Gesellschafter" auch die Kommanditisten einschließen (§ 161 Anm. II a). Zulässig ist der Ausschluß der Vertretungsmacht von persönlich haftenden Gesellschaftern in der gleichen Weise wie bei der offenen Handelsgesellschaft (P. 1163).

16. **§ 128 HGB.** Haftung der Gesellschafter als Gesamtschuldner. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter (ROH. 24 167) und die Kommanditisten, auf die letzteren jedoch nur mit den Maßgaben in §§ 171, 172, 174, 175.

17. **§ 129 HGB.** Zulässige Einwendungen des Gesellschafters. Anwendbar.

18. **§ 130 HGB.** Haftung neu eintretender Gesellschafter. Anwendbar auf die in eine Kommanditgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter Eintretenden. Auf diejenigen, welche in eine bestehende Handelsgesellschaft (nicht nur in eine bereits als Kommanditgesellschaft bestehende) als Kommanditisten eintreten, sind §§ 173, 176 Abs. 2 anwendbar, nicht § 130.

19. **§ 131 HGB.** Auflösungsgründe. Anwendbar mit der Maßgabe, daß der Tod eines Kommanditisten die Auflösung nicht zur Folge hat (§ 177 Anm. I, II), außer wenn ausnahmsweise (§ 177 Anm. III) bei Tod des Kommanditisten dessen Rechtsnachfolger nicht

Gesellschafter werden, und keine Vertragsbestimmung, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (§ 138), getroffen ist. Der Fortfall des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters bewirkt die Auflösung (**KGJ. 11** 34; vgl. § 131 Anm. Ih). Bezüglich der Kündigung gilt das Gleiche wie bei der offenen Handelsgesellschaft (RG. **21** 93; vgl. § 132 Anm. II). Der Konkurs eines Kommanditisten ist mit den gleichen Maßgaben wie der Konkurs eines persönlich haftenden Gesellschafters (§ 131 Anm. Ie) Auflösungsgrund (D. 117, P. 308, 4645—48; anders bei KAG. § 330 Abs. 2).

20. **§ 132 HGB.** Kündigungsfrist. Anwendbar.
21. **§ 133 HGB.** Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund. Anwendbar. Auch ein Kommanditist ist zur Stellung des Antrages berechtigt (§ 161 Anm. IIa).
22. **§ 134 HGB.** Lebenslängliche oder nach Zeitablauf fortgesetzte Gesellschaft. Anwendbar.
23. **§ 135 HGB.** Kündigung durch Privatgläubiger. Anwendbar; auch auf den Privatgläubiger eines Kommanditisten (§ 161 Anm. IIa, § 330 Abs. 2).
24. **§ 136 HGB.** Geschäftsführung nach Auflösung. Anwendbar. Die Kommanditisten sind in der Regel auch vor Auflösung nicht befugt zur Geschäftsführung (§ 164).
25. **§ 137 HGB.** Vorläufige Fortführung bei Tod oder Konkurs eines Gesellschafters. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter, § 137 Abs. 2 auch auf die Kommanditisten. Der § 137 Abs. 1 ist nicht anwendbar auf Kommanditisten, da (§ 177) der Tod des Kommanditisten nicht die Auflösung der Gesellschaft bewirkt (ebenso Goldmann § 177 Anm. 22; dagegen Staub Exk. zu § 177 Anm. 7).
26. **§ 138 HGB.** Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern gemäß Gesellschaftsvertrag. Anwendbar auf das Ausscheiden persönlich haftender Gesellschafter, solange ein persönlich haftender Gesellschafter in der Gesellschaft verbleibt (oben zu 19), und auf das Ausscheiden von Kommanditisten infolge Konkurseröffnung. Entsprechend anwendbar auf vertragliche Abreden, wonach der Kommanditist durch den Tod ausscheidet (§ 177 Anm. III). — Bei jedem Ausscheiden eines Kommanditisten kann die bisherige Firma, auch wenn der Name des Kommanditisten in ihr enthalten ist, fortgeführt werden (soweit es nach allgemeinen Grundsätzen zulässig), ohne daß hieraus eine verschärfte Haftung des Kommanditisten folgt. Die gegenteilige Vorschrift des Art. 168 ADH. ist nicht beibehalten (D. 117); nur für die Neubildung der Firma einer Kommanditgesellschaft ist die Aufnahme des Namens eines Kommanditisten in die Firma untersagt (§ 19 Abs. 4).
27. **§ 139 HGB.** Fortsetzung mit den Erben. Anwendbar auf den Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters. War nur ein einziger persönlich haftender Gesellschafter vorhanden, und verbleibt keiner der Erben in der Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter, so wird die Gesellschaft aufgelöst, sobald alle Erben gemäß § 139 Abs. 1, 3 ihre Belassung in der Stellung als Kommanditist beantragt haben, und entweder dieser Antrag gegenüber allen angenommen ist oder alle gemäß § 139 Abs. 2 nach Ablehnung ihres Antrags ihr Ausscheiden erklärt haben. Der § 139 ist nicht anwendbar auf den Tod eines Kommanditisten (§ 177 Anm. I, II).
28. **§ 140 HGB.** Ausschließung eines Gesellschafters. Anwendbar. Auch die Ausschließung eines Kommanditisten ist für zulässig zu erachten (nach P. 1165 blieb dies unentschieden); auch er ist Gesellschafter (oben Anm. IIa).
29. **§ 141 HGB.** Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern nach Kündigung durch Privatgläubiger oder bei Konkurs eines Gesellschafters. Anwendbar.
30. **§ 142 HGB.** Gesellschaft von zwei Gesellschaftern. Anwendbar auf eine Gesellschaft zwischen einem persönlich haftenden Gesellschafter und einem Kommanditisten, und zwar sowohl zu gunsten des ersteren, wie zu gunsten des letzteren. Entsprechend anwendbar auf eine Gesellschaft zwischen einem persönlich haftenden Gesellschafter und mehreren Kommanditisten, wenn gegen ersteren Ausschließungsgründe vorliegen, und die letzteren so, daß mindestens einer von ihnen persönlich haftender Gesellschafter wird,

als offene Handelsgesellschaft oder als Kommanditgesellschaft das Geschäft übernehmen wollen.

31. **§ 143 HGB.** Anmeldung von Auflösung und Ausscheiden. Anwendbar mit der Maßgabe, daß bei Ausscheiden von Kommanditisten nur die Zahl der Ausgeschiedenen, nicht deren Name, Stand oder Wohnort, noch der bisherige Betrag ihrer Einlage bekannt zu machen ist (§ 162 Abs. 3).

32. **§ 144 HGB.** Fortsetzung nach Konkursaufhebung oder -einstellung. Anwendbar.

33. **§ 145 HGB.** Notwendigkeit der Liquidation. Anwendbar (ROH. 25 277). Die Liquidation ist ebensowenig wie bei der offenen Handelsgesellschaft stets erforderlich, vielmehr ist ebenso wie dort (§ 145 Anm. IIIa) die Vereinbarung über eine andere Art der Auseinandersetzung in der Regel zulässig (D. 114, KGJ. 5 37).

34. **§§ 146—148 HGB.** Liquidatoren, Ernennung und Abberufung, Anmeldung. Anwendbar. Gesetzliche Liquidatoren sind auch die Kommanditisten (§ 146 Anm. Ia, § 161 Anm. IIa). Der Vorschlag eines Zwangsvergleichs im Gesellschaftskonkurs kann jedoch auch während Liquidation von den persönlich haftenden Gesellschaftern allein ausgehen (KO. § 211, abgedruckt § 124 Anm. IId).

35. **§§ 149—155 HGB.** Geschäftsführung und Vertretung durch Liquidatoren. Anwendbar.

36. **§ 156 HGB.** Rechtsverhältnis nach innen und außen während Liquidation. Entsprechend anwendbar auf die Fortdauer des früheren Rechtsverhältnisses der bisherigen Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft (und der Kommanditgesellschaft) untereinander und zu Dritten.

37. **§ 157 HGB.** Anmeldung des Erlöschens der Firma. Bücher und Papiere. Anwendbar. Auch § 157 Abs. 3; denn bereits mit Beginn der Liquidation erlischt der Ausschluß der Kommanditisten von der Geschäftsführung (oben Anm. IIb 34, § 156 Anm. Ib 5) und erlangen diese daher über die in § 166 gewährten Rechte hinaus gleiche Rechte mit den persönlich haftenden Gesellschaftern hinsichtlich der Bücherbenutzung.

38. **§ 158 HGB.** Andere Art der Auseinandersetzung. Anwendbar.

39. **§§ 159, 160 HGB.** Verjährung. Anwendbar (D. 117), auch auf die Ansprüche gegen Kommanditisten (oben Anm. IIa, ROH. 19 351).

II. Anmeldung, Bekanntmachung (§ 162).

§ 162.

Die Anmeldung der Gesellschaft hat außer den im § 106 Abs. 2 vorgesehenen Angaben die Bezeichnung der Kommanditisten und den Betrag der Einlage eines jeden von ihnen zu enthalten.

Bei der Bekanntmachung der Eintragung ist nur die Zahl der Kommanditisten anzugeben; der Name, der Stand und der Wohnort der Kommanditisten sowie der Betrag ihrer Einlagen werden nicht bekannt gemacht.

Diese Vorschriften finden im Falle des Eintritts eines Kommanditisten in eine bestehende Handelsgesellschaft und im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten aus einer Kommanditgesellschaft entsprechende Anwendung.

ADH. Art. 151 Abs. 2, 156. **Entw. I** § 148. **Entw. II** § 160.

I. **Anmeldung und Eintragung.** Über die Anmeldung vgl. § 161 Anm. IIb 2. Alle angemeldeten Tatsachen sind in das Handelsregister einzutragen. — Der anzumeldende „Betrag der Einlage" ist der versprochene Betrag, bis zu welchem der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern haften soll (RG. 17 40), in einer bestimmten Geldsumme (§ 161 Anm. Ic 3). Für

die Anmeldung ist unerheblich, ob die Einlage bereits geleistet ist oder nicht. — Die „Bezeichnung" der Kommanditisten hat nach Namen, Vornamen, Stand und Wohnort zu erfolgen (§ 106 Abs. 2 Nr. 1, § 161 Anm. II a; vgl. § 162 Abs. 2, wo — ebenso wie in §§ 106, 189, 199, abweichend von § 322 — „Name" den „Namen und Vornamen" umfassen soll).

II. **Bekanntmachung.** Vgl. § 10. Auch auf die nicht bekannt gemachten Eintragungen findet § 9 (betr. Einsicht, Abschrift, Bescheinigung) Anwendung (vgl. D. 112). Die nach § 162 Abs. 2 nicht bekannt zu machenden Tatsachen dürfen selbst auf Antrag der Beteiligten nicht in die Bekanntmachung aufgenommen werden (P. 1098; vgl. jedoch § 10 Anm. II).

III. **Eintritt und Ausscheiden eines Kommanditisten.** Vgl. § 173 Anm. I, § 161 Anm. II b 18, 26, 31. Der § 162 Abs. 3 betrifft allgemein den Eintritt in eine „bestehende Handelsgesellschaft", also ohne Beschränkung auf eine Kommanditgesellschaft (D. 112; vgl. § 131 Anm. I i). Wird der bisherige persönlich haftende Gesellschafter A Kommanditist, so ist durch einheitlichen Vermerk einzutragen, daß „A von . . . ab nur noch Kommanditist mit einer Einlage von . . ." ist; bekannt zu machen ist, daß „A aufgehört hat, persönlich haftender Gesellschafter zu sein" und „daß die Zahl der Kommanditisten um eine Person vermehrt ist" (OLG. Dresden 29 IV 88 ZHR. **37** 546). Die Wirkung einer derartigen Eintragung ist nicht ganz die gleiche wie die Wirkung einer Eintragung der Einlageherabsetzung (§ 174 Anm. III); hier fehlt die strenge Vorschrift des § 174 Halbsatz 1, daß eine nichteingetragene Haftungsbeschränkung unwirksam ist; vielmehr ist sie nach § 176 Abs. 2 trotz versäumter Eintragung wirksam, wenn die Beteiligung nur als Kommanditist dem Gläubiger bekannt war.

III. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander (§§ 163—169).

§ 163.

Verhältnis des Gesellschaftsvertrages zum Gesetz.

Für das Verhältniß der Gesellschafter unter einander gelten in Ermangelung abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags die besonderen Vorschriften der §§ 164 bis 169.

ADH. Art. 157. **Entw. I** § 149. **Entw. II** § 161.

In Ermangelung der in erster Reihe zur Anwendung kommenden abweichenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages (§ 109 Anm. II) gelten in zweiter Reihe die Bestimmungen der §§ 164—169, in dritter Reihe (insoweit nämlich weder der Gesellschaftsvertrag noch die §§ 164—169 Gegenteiliges enthalten) die §§ 110—122 (§ 161 Abs. 2, § 109; D. 112).

§ 164.

Geschäftsführung. Prokura.

Die Kommanditisten sind von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen; sie können einer Handlung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht widersprechen, es sei denn, daß die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. Die Vorschriften des § 116 Abs. 3 bleiben unberührt.

ADH. Art. 158. **Entw. I** § 150. **Entw. II** § 162.

I. **Geschäftsführung** (§ 164 Satz 1 Halbs. 1). Die Geschäftsführung erfolgt durch die persönlich haftenden Gesellschafter allein nach näherer Maßgabe der §§ 114—117 (§ 161 Anm. II b 7). — Der Gesellschaftsvertrag kann auch den Kommanditisten Geschäftsführungsbefugnis beilegen und kann die persönlich haftenden Gesellschafter von der Geschäftsführung ausschließen (§ 163; RG. **31** 73, Bolze **11** Nr. 467; vgl. § 161 Anm. II b 7). Ist dem Kommanditisten die Geschäftsführung übertragen, so hat er im Zweifel nicht nur (was ROH. **15** 7, RG. **31** 39, wohl

mit Rücksicht auf den jetzt beseitigten Art. 167 Abs. 3, annahmen und neuerdings auch OLG. Bamberg 9 VII 01 OLGRspr. 3 277 annimmt) die Stellung eines Prokuristen oder Bevollmächtigten (§ 170 Anm.), sondern die eines geschäftsführenden Gesellschafters (ebenso Staub Anm. 7, Lehmann Nr. 4, Goldmann Nr. 5). Ob auf eine solche Übertragung § 114 Abs. 2 anwendbar, vgl. § 161 Anm. IIb 7. — Ob nach Eintritt der Liquidation der Kommanditist geschäftsführender Liquidator wird, vgl. § 161 Anm. IIb 34, § 146 Anm. I.

II. **Widerspruchsrecht** (§ 164 Satz 1 Halbs. 2). Auch ohne die Bestimmung in § 164 hat der Kommanditist kein Widerspruchsrecht gemäß § 115, da er nicht geschäftsführender Gesellschafter ist. Auch ohne die Bestimmung des § 164 dürfen andererseits die persönlich haftenden Gesellschafter Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen, nur vornehmen, wenn ein entsprechender Beschluß sämtlicher Gesellschafter (§ 119) — einschließlich der Kommanditisten (§ 161 Anm. IIa) — vorliegt, da gemäß § 116 Abs. 1, 2 ihre gesetzliche Geschäftsführungsbefugnis eine derart beschränkte ist. Ein Kommanditist, der eine über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehende Handlung nicht wünscht, erreicht daher durch Stillschweigen ebensoviel wie durch einen ausdrücklichen Widerspruch. Es ist nicht erkennbar, daß § 164 Satz 1 Halbsatz 2 etwas Gegenteiliges bestimmen oder etwa die Vorschriften des § 116 Abs. 2 über die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis auf Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb mit sich bringt, dahin ändern wollte, daß bei der KG. die geschäftsführenden persönlich haftenden Gesellschafter auch außergewöhnliche Handlungen ohne Einholung eines Beschlusses aller Gesellschafter vornehmen dürfen, außer wenn ein Kommanditist ausdrücklich widerspricht (ebenso CosackHR. § 111 VII 2a, Lehmann Nr. 2; dagegen Staub Anm. 3, Goldmann Nr. 8). Vielmehr spricht die Entstehungsgeschichte für die hier vertretene Ansicht, denn nach D. 112 stimmt § 164 sachlich mit ADH. Art. 158 überein, Art. 158 verweist aber bezüglich Zulässigkeit des Widerspruchs nur auf Art. 99—102, während die Bestimmung des jetzigen § 116 Abs. 2 aus Art. 103 Abs. 1 ADH. entnommen ist. Auch die Fassung des § 164 steht nicht entgegen, denn der naheliegende Gegenschluß aus Satz 2, daß § 116 Abs. 2 nicht unberührt bleibe, ist kein notwendiger, und Satz 1 Halbs. 2 ist nur verneinend gefaßt. Ist vorstehende Auslegung zutreffend, so tritt die Bedeutung des § 164 klarer hervor, wenn man den Satz 1 Halbs. 2 (und infolgedessen auch den Satz 2) als überflüssig hinwegdenkt.

III. **Erteilung und Widerruf der Prokura** (§ 164 Satz 2). Die Erteilung einer Prokura ist zulässig (ROH. 7 415). Die Erteilung und der Widerruf der Prokura sind Geschäftsführungshandlungen. Ein Kommanditist ist daher weder zur Mitwirkung bei der Erteilung noch zur Mitwirkung bei dem Widerruf berechtigt. Ihm steht auch kein Widerspruchsrecht zu (§ 116 Anm. III). — Ein Kommanditist kann — ebenso wie ein sonstiger nicht vertretungsermächtigter Gesellschafter (§ 116 Anm. III) — zum Prokuristen bestellt werden.

§ 165.

Sondergeschäfte der Kommanditisten.

Die §§ 112, 113 finden auf die Kommanditisten keine Anwendung.

ADH. Art. 159. **Entw. I** § 151. **Entw. II** § 163.

Vgl. § 161 Anm. IIb 6. Eine vertragliche Abänderung der Bestimmung des § 165 ist zulässig (§ 163), liegt aber nicht bereits in der Übertragung der Geschäftsführung an einen Kommanditisten (Staub Anm. 2, Goldmann Nr. 9; dagegen Lehmann Nr. 2).

§ 166.

Mitteilung der Bilanz. Einsicht in Bücher und Papiere. Aufklärungen.

Der Kommanditist ist berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

Die im § 118 dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren Rechte stehen dem Kommanditisten nicht zu.

Auf Antrag eines Kommanditisten kann das Gericht, wenn wichtige Gründe vorliegen, die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen.

ADH. Art. 160. **Entw. I** § 152. **Entw. II** § 164.

I. **Mitteilung der jährlichen Bilanz und Nachprüfungsrecht.** Der § 166 Abs. 1, 2 gewährt dem Kommanditisten geringere Rechte als der entsprechende § 118 jedem, auch dem nicht geschäftsführenden Gesellschafter. Aus der Vergleichung beider Bestimmungen ergibt sich, daß der Kommanditist insbesondere kein Recht hat, persönlich sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten, kein allgemeines Recht auf Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft und kein Recht auf eigene Anfertigung einer Bilanz aus ihnen. Bezüglich der geringeren, ihm in § 166 Abs. 1—3 gewährten Rechte ist auch nicht ausdrücklich eine dem § 118 Abs. 2 entsprechende Bestimmung vorgesehen, wonach eine vertragliche Beschränkung oder Ausschließung (§ 163) die Geltendmachung nicht hindert, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht. Trotzdem wird ein dem § 118 Abs. 2 entsprechender Satz auch für den Fall des § 166 als geltend anzunehmen (ebenso Staub Anm. 11, Lehmann Nr. 5, Goldmann Nr. 22) und zwar aus BGB. § 157, § 276 Abs. 2 herzuleiten (abw. Staub, Goldmann) sein. — Der § 166 bildet ein Sondergesetz im Verhältnis zu der weitergehenden Vorschrift des BGB. § 810 und schränkt daher die letztere in Ansehung der Rechte des Kommanditisten ein (Staub Anm. 1, Goldmann Nr. 2). Das Gleiche gilt bei Anwendung des § 422 CPO., da dieser auf das bürgerliche Recht zurückverweist. Unberührt dagegen bleibt die weitergehende Verpflichtung auf Vorlegung und Einsichtsgewährung aus HGB. §§ 45—47. — Der § 166 ist als entsprechend anwendbar auf die in § 154 erwähnten Bilanzen zu erachten, nicht jedoch § 166 Abs. 1 auch als entsprechend anwendbar auf die Eröffnungsbilanz des § 39 Abs. 1. — „Bücher" = Handelsbücher; § 38 Anm. Ib, § 45 Anm. I. Nur die Bücher der Gesellschaft sind gemeint; vgl. § 118 Anm. IIc 2. Einsichtnahme vgl. § 118 Anm. IIc 3. Recht auf Bilanzberichtigung § 118 Anm. IId.

II. **Verfügung des Gerichts.** Der Antrag eines einzelnen Kommanditisten genügt. Der mögliche Inhalt der gerichtlichen Verfügung ist weiter als das dem Kommanditisten ohne Dazwischenkunft des Gerichts zustehende Recht (Abs. 3 verglichen mit Abs. 1). Die Bilanz, deren Mitteilung nach § 166 Abs. 3 „jederzeit" verlangt werden kann, ist nicht nur eine der durch Vertrag oder Gesetz vorgeschriebenen, sondern auch eine besonders anzufertigende. „Aufklärung" ist weniger weitgehend als „Rechnungslegung" (Bolze 23 Nr. 569). Wichtige Gründe vgl. § 70 Anm. I, § 117 Anm. Ie; die Mehrzahl ist aus Art. 160 ADH. wohl nicht in der Absicht übernommen, abweichend von anderen ähnlichen Fällen (wo die Einzahl „ein wichtiger Grund" gebraucht ist) vorzuschreiben, daß mehrere wichtige Gründe vorliegen müssen. Wichtige Gründe sind z. B. begründeter Anlaß zum Mißtrauen in die Geschäftsführung; Unvollständigkeit der Bücher; Verweigerung der für die Teilnahme an der Beschlußfassung in Gesellschaftsangelegenheiten erforderlichen Auskunft; erforderliche Vorbereitung eines Auflösungsantrages bei schlechter Geschäftslage (Staub Anm. 7). Über die Bedeutung des „kann" vgl. § 140 Anm. IIb. Das zur Anwendung kommende Verfahren ist geordnet durch FGG. §§ 145, 146 (abgedruckt hinter § 16). Nach Ausscheiden des Kommanditisten kann dieser ein etwaiges Recht des in § 166 Abs. 3 bezeichneten Inhalts nicht mehr im Verfahren des FGG. §§ 145, 146, sondern nur noch im Weg streitiger Gerichtsbarkeit geltend machen (KG. 16 V 04 EntschFG. 4 209 KGJ. 28 A 56). Kein Ausscheiden aber ist erfolgt, wenn der Vertrag, durch den eine Erklärung über vorzeitigen Austritt abgegeben ist, wegen Willensmangels mit Recht angefochten ist. Wird letzteres behauptet, so kann daher das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht sich für unzuständig erklären (dagegen KG. 16 V 04 EntschFG. 4 209), sondern muß sachlich über die Berechtigung der Anfechtung entscheiden oder gemäß FGG. § 127 das Verfahren aussetzen.

§ 167.

Gewinn- und Verlustanteil. Begrenzte Zuschreibung des Gewinns. Begrenzung des Verlustes.

Die Vorschriften des § 120 über die Berechnung des Gewinns oder Verlustes gelten auch für den Kommanditisten.

Jedoch wird der einem Kommanditisten zukommende Gewinn seinem Kapitalantheile nur so lange zugeschrieben, als dieser den Betrag der bedungenen Einlage nicht erreicht.

An dem Verluste nimmt der Kommanditist nur bis zum Betrage seines Kapitalantheils und seiner noch rückständigen Einlage Theil.

ADH. Art. 161 Abs. 1, 2. **Entw. I** § 153. **Entw. II** § 165.

I. **Berechnung des Jahresgewinns oder -Verlustes.** Vgl. § 120 Anm. Ia—c.

II. **Zuschreibung des Gewinnanteils.** Der gemäß § 120 berechnete Gewinnanteil eines Kommanditisten in seinem Kapitalkonto (§ 120 Anm. II) zuzuschreiben (§ 120 Anm. IIIa), bis sein Guthaben auf Kapitalkonto den Betrag der bedungenen (d. h. für das Verhältnis nach innen bedungenen; vgl. § 161 Anm. Ic 3) Einlage erreicht. Ist das Guthaben auf Kapitalkonto auf jenen Betrag angewachsen, so ist der Überschuß des Gewinnanteils, soweit er nicht erhoben wird, wie eine gewöhnliche Buchforderung des Kommanditisten zu behandeln; diese Forderung bleibt daher bei der Berechnung des im neuen Geschäftsjahr auf den Kommanditisten fallenden Gewinns außer Betracht, und der Kommanditist nimmt mit dieser Buchforderung nicht am Verlust der Gesellschaft teil (D. 113). Der Überschuß ist auf Sonderkonto zu buchen; ob und mit welchem Zinssatz die Forderung zu verzinsen, ist nicht aus § 121, sondern aus allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen; auch der auf Sonderkonto gebuchte Gewinn ist „bezogen" im Sinn des § 169 Abs. 2 (§ 169 Anm. IV); der Kommanditist braucht daher nicht die Rückübertragung desselben auf Kapitalkonto wegen späterer Verluste zu dulden. Er kann im Konkurs der Gesellschaft die Forderung als Konkursgläubiger geltend machen.

III. **Begrenzung des Verlustes.** Der § 167 Abs. 3 enthält eine Bestimmung über die Höhe des Verlustanteils des Kommanditisten im Verhältnis nach innen, nicht, wie § 167 Abs. 2, eine Bestimmung über die Buchungsart. Da auch § 167 Abs. 3 sich nur auf das innere Verhältnis der Gesellschafter bezieht, so ist auch hier unter „Einlage" nur die im inneren Verhältnis bedungene zu verstehen. Daher ist insoweit der für eingebrachte Gegenstände im Gesellschaftsvertrag angenommene Wert maßgebend, selbst wenn er den wahren Wert überstieg. Rückständig im Sinn des § 167 Abs. 3 ist nicht eine erlassene Einlage (vgl. § 172 Abs. 3); ebensowenig eine mit der Absicht endgültiger Einlageherabsetzung zurückgezahlte Einlage (vgl. § 174).

IV. **Buchung des Verlustanteils.** Zu beachten ist, daß § 167 Abs. 3 nichts über die Buchung des Verlustanteils des Kommanditisten bestimmt. Hierfür bleibt daher gemäß § 167 Abs. 1 der § 120 Abs. 2 maßgebend, d. h. der Verlustanteil des Kommanditisten ist seinem Konto in voller Höhe zu belasten, auch soweit hierdurch eine Schuld des Kommanditisten auf seinem Kapitalkonto entsteht (ebenso Staub § 169 Anm. 4; dagegen CosackHR. § 111 X 1c, Lehmann Nr. 4) und ohne Rücksicht darauf, ob nach § 167 Abs. 3 der Kommanditist an dem für ihn berechneten Verlust in vollem Umfang teilnimmt oder nicht. Diese Buchungsart ist erheblich wegen der Bestimmung des § 169 Abs. 1, wonach der Gewinn späterer Jahre zunächst dazu verwendet werden muß, um frühere Verluste auszugleichen. Schon nach früherem Recht war streitig, welche Buchungsart dem ADH. entspreche; die Denkschrift enthält auffallender Weise keine Andeutung, ob der vorstehend mit § 167 verbundene Sinn der vom Gesetzgeber beabsichtigte ist; aus § 169 ist für diese Frage nichts zu folgern. — Nach dem Ausscheiden eines Kommanditisten ist der Teil seines Passiv-

saldos, zu dessen Ausgleichung er nicht verpflichtet ist, den übrigen Gesellschaftern (persönlich haftenden und Kommanditisten) auf Kapitalkonto nach Verhältnis ihrer Verlustanteile zu belasten (BGB. § 735).

§ 168.

Gewinn- und Verlustanteile.

Die Antheile der Gesellschafter am Gewinne bestimmen sich, soweit der Gewinn den Betrag von vier vom Hundert der Kapitalantheile nicht übersteigt, nach den Vorschriften des § 121 Abs. 1, 2.

In Ansehung des Gewinns, welcher diesen Betrag übersteigt, sowie in Ansehung des Verlustes gilt, soweit nicht ein Anderes vereinbart ist, ein den Umständen nach angemessenes Verhältniß der Antheile als bedungen.

ADH. Art. 161 Abs. 1, Art. 162. **Entw. I** § 154. **Entw. II** § 166.

I. **Vom Jahresgewinn zunächst vier vom Hundert des Kapitalanteils.** Vgl. § 121 Anm. I. Nicht nur zu gunsten der persönlich haftenden Gesellschafter, sondern auch bezüglich der Kommanditisten erfolgt — abweichend vom bisherigen Recht — eine Verzinsung der Kapitalanteile nur soweit der Jahresgewinn reicht (D. 113).

II. **Jahres-Gewinnüberschuß und Jahres-Verlust.** Vgl. § 121 Anm. II. Die in § 168 Abs. 2 erwähnten „Anteile" sind die in § 168 Abs. 1 erwähnten Gewinnanteile „der Gesellschafter". Der § 168 Abs. 2 bezieht sich daher nicht nur auf die Anteile der Kommanditisten und das Verhältnis der Summe der Gewinnanteile aller Kommanditisten zu der Summe der Gewinnanteile aller persönlich haftenden Gesellschafter, sondern auch auf das Verhältnis der Gewinnanteile der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander. Auch in letzterer Beziehung findet daher mangels einer Vereinbarung nicht die (in § 121 Abs. 3 verordnete) Teilung des Gewinnüberschusses und des Verlustes nach Köpfen statt, sondern die Teilung nach angemessenem Verhältnis. Als maßgebende Gesichtspunkte für die Beurteilung der Angemessenheit kommen in Betracht: die größere, durch Übernahme der persönlichen Haftung getragene Gefahr, der Umfang und die Art der eigenen Tätigkeit und die Höhe der Einlage der einzelnen Gesellschafter (Bolze 17 Nr. 517, Staub Anm. 3). „Ist nur der Anteil am Gewinn oder Verluste bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust" (BGB. § 722 Abs. 2, HGB. § 121 Anm. II, § 161 Anm. II a). — Der Pr.Entw. Art. 151 lautete: „Sofern nicht vertragsmäßig ein Anderes bestimmt ist, werden von den Einlagen keine Zinsen berechnet; der Gewinn wird nach Verhältnis der Einlagen verteilt. Der Gesellschafter, welcher keine Vermögenseinlage gemacht hat, steht rücksichtlich der Gewinnverteilung demjenigen Gesellschafter gleich, dessen Vermögenseinlage die kleinste ist." (Vgl. M. 79.) — In der Nürnberger Konferenz wurde jedoch hiergegen bemerkt, die Unangemessenheit dieser Verteilungsart ergebe sich unter anderem aus folgenden Beispielen: Wenn A, der, ohne eine Vermögenseinlage zu machen, das Geschäft leite, und durch seine Geschicklichkeit dasselbe auf einen großen Ertrag hebe, mit B vergesellschaftet sei, der mit einer Einlage von 10000 Gld. sich beteiligt habe, dann würde der Gewinn so zu teilen sein, als wenn A auch 10000 Gld. eingelegt hätte. Wenn aber zur Gesellschaft außerdem noch C als Kommanditist mit 5000 Gld. hinzutrete, dann bekomme A trotz vermehrter Geschäfte nur so viel Gewinn, als wenn er 5000 Gld. eingelegt hätte. Ferner, wenn A, der ohne Geldeinlage das Geschäft leite, mit B als einem mit 50000 Gld. beteiligten Kommanditisten verbunden sei, dann beziehe er die Hälfte des Gewinnes. Wenn nun A von dem in einem Jahre gezogenen Gewinne 1000 Gld. erübrige und einlege, dann würde er nur aus diesen 1000 Gld. einen Gewinnanteil, somit nur ein $^1/_{51}$ des Gewinnes erhalten. — Bezüglich der Verteilung nach Kopfteilen wurde angeführt, daß A in dem eben erwähnten Beispiel die Hälfte erhalte. Wenn aber die 50000 Gld. statt von einem von fünf Kommanditisten beigetragen seien, so bekomme er bei gleicher Mühe nur $^1/_6$ des Gewinnes. — Auch fernere Vorschläge für die Art der Verteilung wurden abgelehnt (P. 299—302).

§ 169.

Kommanditist. Gewinn-Auszahlung; Verbot der Minderung des Kapitalanteils.

Der § 122 findet auf den Kommanditisten keine Anwendung. Dieser hat nur Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns; er kann auch die Auszahlung des Gewinns nicht fordern, solange sein Kapitalantheil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde.

Der Kommanditist ist nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen.

ADH. Art. 161 Abs. 1, 3. **Entw. I** § 155. **Entw. II** § 167.

I. **Erhebung von vier vom Hundert des für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils.** Vgl. § 122 Anm. I, II. Nur den persönlich haftenden Gesellschaftern steht in den Grenzen des § 122 ein derartiger Anspruch zu (§ 161 Anm. IIb 12).

II. **Auszahlung des Gewinns an den Kommanditisten.**

a. **Gewinn.** Unter „Gewinn" ist auch der Anteil von bis vier vom Hundert gemäß § 121 Abs. 1 mitbegriffen.

b. **„Solange."** Bei wörtlicher Auslegung des „solange" in § 169 Satz 2 Halbsatz 2 würde anzunehmen sein, daß ein Gewinn von 50 auch nicht teilweise ausgezahlt werden darf, wenn das bisherige Guthaben des Kommanditisten auf Kapitalkonto 97, die bedungene Einlage 100 beträgt. Offenbar gemeint ist vielmehr, daß in diesem Fall 47 auszuzahlen sind. Dann ist aber zu ergänzen: oder „soweit der Kapitalanteil" durch die Auszahlung usw. (so richtig gefaßt in dem entsprechenden § 172 Abs. 4).

c. **„Durch Verlust."** Man muß ferner fragen, ob die Worte „durch Verlust" eine besondere Bedeutung haben sollen. Die Herabminderung eines Kapitalanteils kann erfolgen entweder durch Verlust, oder durch größere als die gesetzlichen Entnahmen mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Erfolgt eine größere als die gesetzliche Entnahme mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter, so kann der Parteiwille entweder dahin gehen, daß die Entnahme eine dauernde oder daß sie eine vorläufige sein solle. Der erstere Fall steht einer Herabsetzung der Einlage (im Verhältnis nach innen) gleich; die herabgesetzte Einlage ist für die Zukunft die „bedungene" (§ 105 Anm. Ih 5), d. h. für das innere Verhältnis maßgebende (§ 161 Anm. Ic 3); auch auf diesen Fall (der anscheinend durch die Worte „durch Verlust" gerade ausgeschlossen werden sollte) ist § 169 Abs. 2 Satz 1 daher anwendbar: der Gewinn ist nicht auszuzahlen, „solange der Kapitalanteil" [„durch Verlust" als überflüssig fortgedacht] „unter den auf die" nunmehr „bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde". In dem oben erwähnten zweiten Fall aber wird, da die Entnahme eben nur eine vorläufige sein soll, in der Regel als gewollt anzunehmen sein, daß der künftige Gewinn zur Ersetzung des Entnommenen verwendet werden soll; es ist nicht anzunehmen, daß durch Hinzufügung jener Worte „durch Verlust" etwas Gegenteiliges bestimmt werden sollte; der Fall einer Herabminderung durch nicht als dauernde Herabsetzung vereinbarte Entnahmen ist daher entsprechend dem im Gesetz allein erwähnten Fall einer Herabminderung durch Verlust zu behandeln (zust. Staub Anm. 4). — Erheblich ist nur das Wort „herabgemindert"; es weist auf das Gleiche hin, was auch durch das Wort „geleistet" (unten Anm. IId) ausgedrückt werden soll.

d. **„Geleisteter" Betrag der Einlage.** Ein einseitiger Anspruch auf Gewinnauszahlung besteht nach § 169 Abs. 1 Satz 2 selbst dann, wenn der Gewinn gemäß § 167 Abs. 2 (weil den Betrag der bedungenen Einlagen nicht erreichend) dem Kapitalanteile zugeschrieben ist, soweit nur nicht durch die Auszahlung der Kapitalanteil unter den Betrag der geleisteten

Einlage herabsinkt. Die D. 113 bemerkt: „Als auf die bedungene Einlage geleistet wird auch ein dem Kommanditisten im abgelaufenen Geschäftsjahr auf seinen Kapitalanteil zugeschriebener und am Schlusse des Jahres nicht erhobener Gewinnanteil zu betrachten sein." Ist eine Einlage von 12 versprochen, eine Leistung auf die Einlage in Höhe von 9 erfolgt, demnächst (durch Verlust) das Guthaben auf Kapitalkonto auf 8 vermindert, so ist ein demnächstiger Gewinnanteil von 5 dem Kapitalkonto in Höhe von 4, einem Sonderkonto in Höhe von 1 gutzuschreiben. Der auf Sonderkonto stehende Betrag kann dann für alle Zukunft erhoben werden (unten Anm. IV); er ist bei Gewinn- und Verlustberechnung außer Betracht zu lassen und (RG. 28 56) vermehrt auch im Verhältnis nach außen nicht die Einlage, mit welcher der Kommanditist den Gläubigern haftet; der auf Kapitalkonto gebuchte Gewinn kann einseitig in Höhe von 1 nicht, in Höhe von 3 während des nächsten Geschäftsjahrs (insoweit wird trotz § 169 Abs. 1 Satz 1 der § 122 entsprechend anzuwenden sein) erhoben werden. Dem Anspruch auf Zahlung von 3 steht — was § 169 nicht erwähnt — in der Regel die Aufrechnung seitens der Gesellschaft mit deren Anspruch auf Einzahlung des rückständigen Teiles der Einlage entgegen (ebenso Cosack HR. § 111 VIII 2a). — Der § 169 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 findet auch Anwendung, wenn auf die Einlage noch nichts geleistet (der „geleistete Betrag" mithin = 0 ist) und durch Verlust ein Passivsaldo auf dem Kapitalkonto des Kommanditisten entstanden ist (§ 167 Anm. IV). — Als geleistet im Sinn des § 169 ist alles anzusehen, was im inneren Verhältnis der Gesellschafter als geleistet gilt.

e. **Auszahlung.** Die Klage des Kommanditisten auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns ist gegen die Gesellschaft, nicht gegen die persönlich haftenden Gesellschafter zu richten (Bolze 19 Nr. 614). Die Auszahlung des über den Betrag der „geleisteten" (oben zu d) Einlage hinausgehenden Gewinnanteils kann nicht, wie im Fall des § 122, weil zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereichend, verweigert werden (Cosack HR. § 111 X 2a).

III. **Verminderung des Kapitalanteils.** Vgl. § 122 Anm. IV. Für die persönlich haftenden Gesellschafter ist § 122 maßgebend. Der § 122 Abs. 2 bestimmt: „Im übrigen ist ein Gesellschafter nicht befugt, ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter seinen Kapitalanteil zu vermindern." Nach § 169 Abs. 1 Satz 1 könnte es scheinen, als wenn die Anwendung auch des hierin liegenden Grundsatzes auf Kommanditisten ausgeschlossen werden sollte. Die Unzulässigkeit einer einseitigen Verminderung des Kapitalanteils, d. h. des Betrages des Kapitalkontos (§ 120 Anm. II), folgt jedoch für die Kommanditisten bereits aus dem vertraglichen Bedingen einer bestimmten Einlage. Mit Zustimmung der Mitgesellschafter kann der Kommanditist mit Wirkung für das Verhältnis nach innen seinen Kapitalanteil vermindern (D. 115); wieweit dies nach außen wirkt, vgl. § 172 Anm. III.

IV. **Ausschluß einer Rückzahlung des bezogenen Gewinns.** Zweifelhaft kann sein, ob unter „bezogenem" Gewinn nur der an den Kommanditisten tatsächlich ausgezahlte (so für die AG.: ROH. 17 157) oder außerdem auch der zwar auf Sonderkonto gebuchte, aber nicht ausgezahlte (so für die stille Gesellschaft: ROH. 13 65) zu verstehen ist. Die letztere Auslegung verdient den Vorzug (zust. Staub Anm. 8). Die gegenteilige Auslegung würde zu Schwierigkeiten führen, da meist nach kurzer Zeit nicht mehr erkennbar sein würde, welcher Teil des Guthabens auf Sonderkonto „Gewinn" ist. Die hier vorgetragene Ansicht scheint gebilligt zu sein in D. 114: „Dem Anspruch des Kommanditisten auf nachträgliche Auszahlung derjenigen Gewinnbeträge früherer Jahre, welche gemäß § 165" (jetzt § 167) „seinem Kapitalanteil nicht zugeschrieben werden, sondern eine gewöhnliche Buchforderung gegen die Gesellschaft bilden, steht der § 167" (jetzt § 169; also auch § 169 Abs. 2) „nicht entgegen". Ebenso D. 113: „Der Kommanditist nimmt mit ihnen" (den nicht dem Kapitalanteil zuzuschreibenden Gewinnanteilen) „am Verluste der Gesellschaft nicht teil". — „Bezogen" ist mithin sowohl derjenige Gewinn, der sofort auf Sonderkonto geschrieben ist, wie auch derjenige, der zwar ursprünglich auf Kapitalkonto gebucht, aber demnächst tatsächlich ausgezahlt ist. Der § 169 Abs. 2 bezieht sich nur auf das Verhältnis nach innen (P. 4643); über das Verhältnis nach außen bestimmt § 172 Abs. 5. Der § 169 bestimmt nur, daß „wegen späterer Verluste" keine Verpflichtung zur Rückzahlung bestehe; ob eine solche Verpflichtung aus anderen Gründen (z. B. wegen Rechen-

fehlers in der Bilanz oder wegen Irrtums bei Auszahlung) vorliegt, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden (P. 1088, 1107). Die Bestimmung des § 172 Abs. 5 ist nicht als anwendbar auf das Verhältnis nach innen zu erachten (§ 172 Anm. III).

IV. Verhältnis der Kommanditisten zu Dritten (§§ 170—176).

§ 170.

Ausschluß der Vertretungsmacht.

Der Kommanditist ist zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt.

ADH. Art. 167 Abs. 1. **Entw. I** § 163. **Entw. II** § 174.

Vgl. § 161 Anm. IIb 15. — Nicht in das HGB. übernommen (D. 117) ist die Vorschrift des ADH. Art. 167 Abs. 3: „Ein Kommanditist, welcher für die Gesellschaft Geschäfte schließt, ohne ausdrücklich zu erklären, daß er nur als Prokurist oder als Bevollmächtigter handle, ist aus diesen Geschäften gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet." — Zulässig ist die Übertragung einer Prokura oder einer Handlungsvollmacht an den Kommanditisten (RG. **31** 39, vgl. § 48 Anm. III, § 164 Anm. I). — Da nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter Eide für die Gesellschaft zu leisten haben (§ 124 Anm. IIc 5), so sind Eide für die Kommanditgesellschaft nicht auch von den Kommanditisten zu leisten (ROH. **15** 6, **21** 344; dahingestellt RG. **32** 399). Über die Frage, ob Kommanditisten als Zeugen im Rechtsstreit der Kommanditgesellschaft vernommen werden können (verneint RG. **32** 399, RG. 5 XII 94 JW. **95** 42[8]), vgl. § 124 Anm. IIc 4.

§ 171.

Haftung des Kommanditisten.

Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist.

Ist über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet, so wird während der Dauer des Verfahrens das den Gesellschaftsgläubigern nach Abs. 1 zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt.

ADH. Art. 165 Abs. 1. **Entw. I** § 156. **Entw. II** § 168.

I. **Art** der Haftung.

a. **Unmittelbare** Haftung. Der Kommanditist haftet nicht etwa nur mittelbar, gegenüber der Gesellschaft, sondern unmittelbar gegenüber den Gläubigern (D. 114; ebenso schon nach früherem Recht ROH. **19** 351, **25** 279, RG. **17** 39, **32** 399). Während des Konkurses der Gesellschaft jedoch ruht nach § 171 Abs. 2 das Recht auf unmittelbare Inanspruchnahme des Kommanditisten seitens eines einzelnen Gläubigers. Nur der Konkursverwalter im Konkurs der Gesellschaft kann während dieser Zeit das Recht ausüben (ebenso schon für das frühere Recht RG. **1** 72, **37** 84, **39** 64, **46** 352). Die Haftung ist daher während dieser Zeit nur eine mittelbare; doch folgt aus der Fassung des Abs. 2, daß der Konkursverwalter nicht nur dasjenige, was im inneren Verhältnis, sondern dasjenige, was im äußeren Verhältnis als Einlage gefordert werden kann, einzufordern hat (RG. **1** 73, **51** 36). Wie gegenüber der Klage eines Gläubigers kann daher auch gegenüber der Klage des Konkursverwalters der Kommanditist nicht alle Einwendungen erheben, die er der KG. entgegensetzen könnte. So wegen der verbindlichen Kraft der in dem Veranlassen der Eintragung in das Handelsregister liegenden einseitigen Kundgebung (§ 123 Anm. IV) nicht die Einrede, daß der zu jener Eintragung führende Gesellschaftsvertrag nichtig sei wegen Willensmangels des Kundgebenden oder Geschäftsunfähigkeit eines Mitvertragschließenden (RG. **51** 37, vgl. Bolze **3** Nr. 800). Der § 212 KO. (HGB. § 129 Anm. IId) ist, eben weil die Haftung eine mittelbare wird, nicht entsprechend anwendbar, falls der Verwalter klagt. Dem Ver-

walter kann die Einrede entgegengesetzt werden, daß die eingeforderten Einlagen nicht zur Tilgung der Schulden, für die der Kommanditist haftet, erforderlich seien (§ 292 Anm. I c 2).

b. **Gesamthaftung.** Da nach § 161 Abs. 2 der § 128 auch auf die Haftung der Kommanditisten Anwendung findet, soweit nichts Gegenteiliges vorgeschrieben ist, so gilt insbesondere auch die Bestimmung des § 128, daß die Gesellschafter (persönlich haftende und Kommanditisten) mit der Gesellschaft und untereinander als Gesamtschuldner haften (§ 161 Anm. II b 16).

II. **Begrenzung** der Haftung.

a. **Bis zur Höhe.** Ist eine nicht in barem Geld zu leistende Einlage versprochen und ganz oder teilweise nicht geleistet, so kann der Gläubiger insoweit dennoch Geldzahlung („Betrag", § 161 Anm. I c 3) fordern (RG. 51 36).

b. **Nicht geleistete** Einlage. Eine unmittelbare Haftung des Kommanditisten besteht nur bis zur Höhe der nicht geleisteten Einlage. Die abweichende Fassung des § 171 hat nur die Bedeutung, daß dem Kommanditisten die Beweislast für die erfolgte Leistung der Einlage auferlegt ist (ROH. 25 279). Was in dem hier in Betracht kommenden Verhältnis nach außen als „Einlage" und als „Leistung" der Einlage anzusehen ist, vgl. § 172 Anm. I, II. Der Nichtleistung steht die Zurückzahlung gleich mit der Maßgabe des § 172 Abs. 5 (§ 172 Anm. III; vgl. auch § 217). Über Erhöhung und Herabsetzung der Einlage vgl. § 172 Anm. IV, V. Auch wenn die Leistung der Einlage an die Gesellschaft erst nachträglich (also selbst nach Anstellung der unmittelbaren Klage des Gesellschaftsgläubigers gegen den Gesellschafter) erfolgt, erlischt die unmittelbare Haftung gegenüber den Gläubigern (D. 111). Selbst bei Leistung der Einlage an die Gesellschaft nach Verurteilung auf die Klage des Gesellschaftsgläubigers (Staub Anm. 11, Goldmann Nr. 18; vgl. CPO. § 767). Doch liegt, da der Gläubiger nicht auch auf Zahlung an die Gesellschaft klagen kann, kein Wahlschuldverhältnis (was Goldmann Nr. 18 annimmt) vor, eine Fristsetzung gemäß BGB. § 264 Abs. 2 ist daher nicht angängig.

§ 172.

Einlage des Kommanditisten.

Im Verhältnisse zu den Gläubigern der Gesellschaft wird nach der Eintragung in das Handelsregister die Einlage eines Kommanditisten durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt.

Auf eine nicht eingetragene Erhöhung der aus dem Handelsregister ersichtlichen Einlage können sich die Gläubiger nur berufen, wenn die Erhöhung in handelsüblicher Weise kundgemacht oder ihnen in anderer Weise von der Gesellschaft mitgeteilt worden ist.

Eine Vereinbarung der Gesellschafter, durch die einem Kommanditisten die Einlage erlassen oder gestundet wird, ist den Gläubigern gegenüber unwirksam.

Soweit die Einlage eines Kommanditisten zurückbezahlt wird, gilt sie den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet. Das Gleiche gilt, soweit ein Kommanditist Gewinnantheile entnimmt, während sein Kapitalantheil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist, oder soweit durch die Entnahme der Kapitalantheil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird.

Was ein Kommanditist auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben als Gewinn bezieht, ist er in keinem Falle zurückzuzahlen verpflichtet.

ADH. Art. 165. **Entw. I** § 157. **Entw. II** § 169.

I. **Einlage im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern.**

a. **Einlage.** Absichtlich ist auch für das Verhältnis nach außen das Wort „Einlage" bei-

behalten. Dennoch zwingt der Zusammenhang der gesetzlichen Vorschriften zur Unterscheidung von „Einlage im Verhältnis nach außen" und „Einlage im Verhältnis nach innen" (§ 161 Anm. I c 3). Im § 172 ist nur der erstere Begriff bestimmt. Für diesen ist es unerheblich, ob die Einlage geleistet ist oder nicht. Nur auf das Einlageversprechen kommt es an, denn dessen Betrag ist einzutragen (§ 162 Anm. I). Nicht aber auf das Einlageversprechen im Verhältnis nach innen, sondern auf die in der Eintragung liegende Kundgebung nach außen (in sich widerspruchsvoll RG. 46 353). Die letztere ist daher maßgebend, selbst wenn nach innen eine geringere Einlage versprochen war (RG. 37 84); vgl. Anm. II. Ebenso, wenn nach innen eine höhere Einlage versprochen war; nicht etwa haftet der Kommanditist mit seinem vollen Guthaben auf Kapitalkonto, wenn dieses — z. B. infolge freiwilliger Mehrleistung oder infolge einer nur im inneren Verhältnis vereinbarten und nicht gemäß § 172 Abs. 2 mitgeteilten Einlageerhöhung — den nach außen maßgebenden Einlagebetrag übersteigt (Staub Anm. 2, Lehmann Nr. 3, Goldmann Nr. 2).

b. **Nach der Eintragung in das Handelsregister.** Gemeint ist „nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister", oder (im Fall des Eintritts eines Kommanditisten in eine bestehende Gesellschaft) „nach der Eintragung der Person des Kommanditisten in das Handelsregister" (D. 115), entsprechend den Vorschriften des § 176 Abs. 1 und 2 betreffend die Zeit vor Eintragung der Gesellschaft bzw. des Kommanditisten. Entscheidend ist allein die Eintragung am Sitz der Gesellschaft (vgl. § 176 Abs. 1, § 174; ebenso Goldmann Nr. 5; dagegen Lehmann Nr. 2). Nur die Eintragung, nicht die Bekanntmachung, ist für entscheidend erklärt, in Übereinstimmung mit der Bestimmung des § 162 Abs. 2, daß der eingetragene Betrag der Einlagen nicht bekanntzumachen ist. Der § 15 ist daher nicht anwendbar auf diese Eintragung (§ 15 Anm. III a 3). Anders, wenn vor der Eintragung die Geschäfte begonnen waren (§ 176 Anm. I c).

c. **Der eingetragene Betrag.** Als Betrag ist eine bestimmte Geldsumme einzutragen (§ 161 Anm. I c 3).

II. **Leistung** auf die Einlage.

a. **Vor Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft.**

1. Nicht bare Leistung. Im Verhältnis zu Dritten gilt eine Leistung auf die Einlage als erfolgt nur insoweit, wie das Geleistete wert ist. Wird eine Sache eingelegt, so ist daher gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nur der wirkliche Wert geleistet, gleichgültig ob es sich um eine von Anfang an bedungene Sacheinlage (D. 111; dagegen Cosack HR. § 111 VIII 2 a und anscheinend RG. 11 II 05 HoldheimsMSchr. 199) oder um eine spätere Annahme an Zahlungsstatt handelt.

2. Durch Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers insbesondere. D. 114 scheint vorauszusetzen, daß als Leistung der Einlage stets auch die Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers in der betreffenden Höhe genüge. Auch hier ist jedoch das Verhältnis nach innen und nach außen zu unterscheiden. Für das letztere Verhältnis kommt auch bei der Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers nur der wahre Wert der zu gunsten der Gesellschaft eingetretenen Befreiung in Betracht. Der Kommanditist kann daher nur zu einem entsprechenden Verhältnissatz anrechnen eine von ihm bezahlte zweifelhafte Forderung. Er kann nicht anrechnen die durch Aufrechnung erfolgte Tilgung einer Forderung, die im Einverständnis zwischen der Gesellschaft, dem Dritten und dem Kommanditisten zum Schein aufgestellt ist behufs sofortiger Aufrechnung und Umgehung einer wirklichen Einzahlung der Kommanditeinlage. Vorausgesetzt dagegen, daß durch die Befriedigung des Gesellschaftsgläubigers der volle Nennwert des Gezahlten der Gesellschaft gut gekommen ist, steht aus einer solchen Zahlung dem Kommanditisten die Aufrechnung gegenüber der von der Gesellschaft gegen ihn erhobenen Einlageforderung zu (LG. I Berlin 7 XII 92 KGBl. 93 35; anders bei der AG.: § 221, RG. 37 87).

3. Durch Aufrechnung insbesondere. Dem Kommanditisten steht gegenüber der Einlageforderung die Aufrechnung auf Grund anderer Forderungen an die Gesellschaft zu (ROH. 25 284, RG. 25 VI 81 GruchotsBeitr. 26 718, 11 II 05 HoldheimsMSchr. 199, Staub § 171 Anm. 14, Lehmann § 171 Nr. 5; dagegen Goldmann § 171 Nr. 21), z. B.

auf Grund der Rückgriffsforderung aus der Bezahlung einer Gesellschaftsschuld durch ihn als Bürgen (RG. 7 49, Bolze 22 Nr. 501). Nicht aber — über den wahren, bei Gründung vorhandenen Wert des durch die Aufwendung Erzielten hinaus — auf Grund einer Forderung für Gründungskosten, auch wenn bei Gründung diese Forderung seitens der übrigen Gesellschafter in voller Höhe als Gesellschaftsschuld anerkannt ist (RG. 17 40, 37 85). Die Aufrechnung mit einer Forderung an die Gesellschaft ist unwirksam nach außen, insoweit die Forderung an die Gesellschaft wirtschaftlich wertlos war, z. B. bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft (vgl. OLG. Hamburg 1 II 04 OLGRspr. 8 258). — Über die Unzulässigkeit einer Aufrechnung mit dem Guthaben des Kommanditisten auf Kapitalkonto vor Beendigung der Liquidation vgl. § 149 Anm. II b 3.

b. **Nach Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft** kann der Kommanditist seine Einlagepflicht nur noch durch Einzahlung in die Gesellschaftskasse erfüllen (RG. 37 86; dies eine notwendige Folgerung aus § 171 Abs. 2). Doch kann er, unter den Voraussetzungen der §§ 53 ff. KO., auch in diesem Fall eine Forderung gegen die Gesellschaft zur Aufrechnung bringen (RG. 11 II 05 HoldheimsMSchr. 199). So z. B. eine Rückgriffsforderung wegen der von ihm nach Konkurseröffnung geleisteten Zahlung an einen Gesellschaftsgläubiger auf Grund der von ihm vor Zahlungseinstellung übernommenen Bürgschaft (RG. 37 87).

III. **Rückzahlung** auf die Einlage.

a. **Regel:** Rückgezahlte Einlage gilt als nicht geleistet (**§ 172 Abs. 4**). Der § 172 Abs. 4 stellt im Verhältnis zu Dritten die Rückzahlung gleich der Nichtleistung. Eine Rückzahlung liegt auch in einer im Gegensatz zu der Beschränkung des § 169 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 erfolgten Auszahlung von Gewinn (§ 172 Abs. 4 Satz 2, RG. 37 85). Der Rückzahlung steht eine sonstige Rückgewähr (§ 342 Anm. II a) gleich. Unter „geleistete Einlage“ ist in § 172 Abs. 4 Satz 2 die im Sinn des § 169, d. h. die im inneren Verhältnis geleistete zu verstehen; dies ändert jedoch sachlich nichts; war 12 versprochen, im inneren Verhältnis 9, im äußeren 7 geleistet, und das Kapitalkonto (im inneren Verhältnis) auf 8 vermindert, wird nun ein Gewinn von 4 zugeschrieben, und erhebt demnächst der Kommanditist 4, so gilt das unter Verstoß gegen § 169 zuviel erhobene 1 nach außen zwar nicht als bei der Erhebung zurückgezahlt, aber als von Anfang an noch nicht geleistet. — Der § 172 verbietet nicht die Einlageverminderungen und erklärt sie nicht für rechtswidrig, sondern nur für einflußlos auf den Umfang der Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (RG. 37 87; abweichend RG. 27 11). — Eine Rückzahlung der Einlage kann liegen in der gelegentlich einer Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens an eine Aktiengesellschaft den bisherigen Kommanditisten entsprechend ihrem Guthaben auf Kapitalkonto gewährten Beteiligung in Aktien (ROH. 25 281). — Über die Verminderung des Kapitalanteils im Verhältnis nach innen vgl. § 169 Anm. III. — Neben den Vorschriften des § 172 kann auch eine Anfechtbarkeit einer — im übrigen selbst im äußeren Verhältnis zulässigen — Einlagerückzahlung in Betracht kommen (RG. 37 88).

b. **Ausnahme:** Auf Grund gutgläubig errichteter Bilanz gutgläubig bezogener Gewinn ist nicht zurückzuzahlen (**§ 172 Abs. 5**). Eine Ausnahme von der Pflicht des Kommanditisten, die rückgezahlte Einlage von neuem zu leisten, bestimmt § 172 Abs. 5, und zwar gilt diese Ausnahme, wie sich aus der Stellung dieser Bestimmung im Gesetz ergibt, nur für das Verhältnis nach außen (zweifelnd Cosack HR. § 111 VIII 5 c). Hat der Kommanditist etwas als Gewinn bezogen (§ 169 Anm. IV), und sind sowohl die Errichter der Bilanz, auf Grund deren der Gewinnanteil berechnet ist, wie der Kommanditist in gutem Glauben, so ist der Kommanditist zum Ersatz der etwa hierin liegenden Rückzahlung der Einlage nicht verpflichtet. Der gute Glaube muß sich nicht allein darauf erstrecken, daß der Kommanditist im Verhältnis nach innen, sondern auch darauf, daß er im Verhältnis nach außen zur Erhebung berechtigt war. War z. B. 12 versprochen, im innern Verhältnis 9, im äußern 7 geleistet, das Kapitalkonto auf 8 vermindert und im Gesellschaftsvertrag vereinbart, daß der Kommanditist jährlich stets 3 erheben dürfe, wird dann 1 als Gewinn zu-

geschrieben, und erhebt der Kommanditist 3, so ist er im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern trotz seines guten Glaubens zur Rückzahlung von 1 als zu Unrecht ihm zurückgezahlter Einlage verpflichtet.

IV. **Erhöhung** der Einlage. Hierunter ist nicht verstanden die tatsächliche Erhöhung, sondern die Erhöhung des Einlageversprechens (vgl. Anm. I a). Ob das Einlageversprechen für das innere oder für das äußere Verhältnis gelten soll, hängt von der Absicht der Beteiligten ab (D. 115). Soll es nur für das innere Verhältnis gelten, so bleibt es nach außen ohne jede Wirkung, insbesondere kann auch nicht die Eintragung erzwungen werden (§ 175 Satz 3). Aber auch wenn es für das äußere Verhältnis gelten soll, bleibt es zunächst ohne Wirkung nach außen, und auch in diesem Fall besteht kein Eintragungszwang (§ 175 Satz 3); es erhält erst Wirkung, wenn eine unzweideutige Kundgebung (D. 115, vgl. ROH. 25 117) nach näherer Maßgabe des § 172 Abs. 2 hinzukommt, also entweder eine Eintragung, oder eine Kundmachung in handelsüblicher Weise oder eine sonstige Mitteilung der Gesellschaft an die Gläubiger. „Kundmachung in handelsüblicher Weise" vgl. § 25 Anm. IV b 1. Nach der Fassung des § 172 Abs. 2 wird anzunehmen sein, daß nicht nur eine etwaige „sonstige Mitteilung", sondern auch die „handelsübliche Kundmachung" von der Gesellschaft ausgehen muß. In dem Gebrauch der Mehrzahl „die Gläubiger" liegt die Voraussetzung, daß es sich um eine mehr oder weniger allgemeine (§ 25 Anm. IV b 1 β) Kundmachung handelt. Abweichend von dem Fall des § 25 wird hier anzunehmen sein, daß nicht die Kundmachung als solche, sondern nur das tatsächlich erfolgte und der Kundmachung zu grund liegende Einlageerhöhungsversprechen die in § 172 Abs. 2 vorgesehene Wirkung herbeiführt, und auch nur dann, wenn die Kundmachung oder Mitteilung im Einverständnis aller Gesellschafter erfolgt (vgl. entsprechend § 123 Anm. IV a); bei Annahme des Gegenteils wäre der Kommanditist nicht genügend geschützt. Der einzelne Gläubiger in seinem Verhältnis zu dem Kommanditisten kann sich jedoch auch auf eine ihm gegenüber erfolgte unwahre Kundgebung des Kommanditisten berufen (§ 123 Anm. IV b). — Zu einer einseitigen Erhöhung der Einlage ist der Kommanditist auch im inneren Verhältnis nicht befugt; selbst dann nicht, wenn der Kapitalanteil durch Verlust vermindert ist. — Die Vorschriften über „Erhöhung", d. h. doch „nachträgliche Erhöhung" sind entsprechend auch anzuwenden, wenn schon im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag eine höhere Einlage für das äußere Verhältnis versprochen als demnächst tatsächlich eingetragen ist. Auf die Nichteintragung des höheren Betrags kann sich mithin auch der Kommanditist berufen, es sei denn, daß eine Kundgebung gemäß § 172 Abs. 2 erfolgt ist (Staub Anm. 1). Abweichend, solange überhaupt keine Eintragung vorliegt (§ 176).

V. **Herabsetzung** der Einlage. Wie die „Erhöhung der Einlage" von der tatsächlichen Leistung eines die Einlage übersteigenden Betrages zu trennen ist, ebenso die Herabsetzung von der Rückzahlung der Einlage. Unter Herabsetzung der Einlage ist Herabsetzung des Einlageversprechens verstanden. Auch hier ist — ebenso wie bei der Erhöhung — zu unterscheiden, ob nach dem Willen der Parteien die Herabsetzung nur für das innere oder auch für das äußere Verhältnis gelten soll. Ist nur ersteres beabsichtigt, so übt der Vertrag allein die volle beabsichtigte Wirkung aus. Ist letzteres beabsichtigt, so entsteht die beabsichtigte Wirkung nur durch Eintragung (nicht auch, wie bei der Erhöhung, durch sonstige Kundmachung, D. 116), und nur bezüglich der erst später begründeten Forderungen an die Gesellschaft (§ 174, D. 116). Der Herabsetzung gleich steht jede vertragliche Abschwächung des Einlageversprechens, z. B. ein Erlaß oder eine Stundung der Einlage. Auch eine derartige Abschwächung ist unwirksam gegenüber den Gläubigern (§ 172 Abs. 3), es sei denn, daß die für die Wirkung einer Herabsetzung nach außen vorgeschriebene Form eingehalten ist. Dies gilt sowohl, wenn jene Abschwächung schon im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag (RG. 1 69) wie auch, wenn sie erst nachträglich erfolgt ist. Überhaupt sind — entsprechend wie bei Erhöhung (oben Anm. IV) — die Vorschriften über (nachträgliche) „Herabsetzung" entsprechend anwendbar auf eine schon im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag enthaltene Zusicherung einer geringeren Einlage für das Verhältnis nach außen, als demnächst eingetragen ist.

§ 173.

Haftung neueintretender Kommanditisten.

Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft als Kommanditist eintritt, haftet nach Maßgabe der §§ 171, 172 für die vor seinem Eintritte begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine Aenderung erleidet oder nicht.

Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

ADH. Art. 166. **Entw. I** § 158. **Entw. II** § 170.

I. **Eintritt in eine bestehende Handelsgesellschaft.** Vgl. § 130 Anm. I. „Die „Handelsgesellschaft“, nicht nur die „Kommanditgesellschaft“, ist genannt, um den § 173 auch auf den Fall anwendbar zu machen, daß ein Kommanditist in eine andersartige Handelsgesellschaft, insbesondere eine offene Handelsgesellschaft (D. 112) so eintritt, daß troß der hierdurch eintretenden Umwandlung eine Fortsetzung der bisherigen Gesellschaft, keine Auflösung und Neubildung, stattfindet (§ 131 Anm. I i). Über den abweichend von § 173 geregelten Sonderfall des Eintritts eines Erben als Kommanditisten binnen bestimmter Frist an Stelle des Erblassers, welcher persönlich haftender Gesellschafter war, vgl. § 139 Anm. IV b. Über den Eintritt in eine bestehende Kommanditgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter vgl. § 161 Anm. II b 18. Über den Eintritt als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns vgl. § 28. Über die Anmeldung des Eintritts eines Kommanditisten vgl. § 162 Anm. III.

II. **Firma.** Vgl. § 130 Anm. II.

III. **Haftung des eintretenden Kommanditisten für Gesellschaftsverbindlichkeiten.** Vgl. § 130 Anm. III. Die Haftung des eintretenden Kommanditisten ist durch den für das Verhältnis nach außen maßgebenden Betrag seiner Einlage (§§ 171, 172) begrenzt. Für den Fall eines Geschäftebeginns vor Eintragung des Kommanditisten in das Handelsregister gilt die Sonderbestimmung des § 176 Abs. 2. Über die Haftung des eingetretenen Kommanditisten vor Eintragung vgl. § 176 Anm. III c.

§ 174.

Herabsetzung der Einlage eines Kommanditisten.

Eine Herabsetzung der Einlage eines Kommanditisten ist, solange sie nicht in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, eingetragen ist, den Gläubigern gegenüber unwirksam; Gläubiger, deren Forderungen zur Zeit der Eintragung begründet waren, brauchen die Herabsetzung nicht gegen sich gelten zu lassen.

ADH. — **Entw. I** § 159. **Entw. II** § 171.

I. **Herabsetzung.** Vgl. § 172 Anm. V.

II. **Eintragung.** Die Eintragung in dem für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Handelsregister ist allein entscheidend (vgl. § 172 Anm. I b).

III. **Wirkung der Eintragung** (und der Bekanntmachung). Der § 174 Halbsatz 1 sagt nur in verneinender Form, daß eine nichteingetragene Herabsetzung nicht wirksam sei. Daraus ist nicht der Gegenschluß zu ziehen, daß eine im Register des Sitzes eingetragene Herabsetzung auch wirksam für die Gläubiger der später begründeten Forderungen sei, ohne Rücksicht auf Bekanntmachung, Nichtkenntnis und Nichtkennenmüssen, und ohne Rücksicht auf Eintragung im Handelsregister der Zweigniederlassung. D. 116 bemerkt: „Die allgemeinen Grundsätze des § 15 über die Wirkungen der erfolgten oder unterlassenen Eintragung und Veröffentlichung kommen neben den Vorschriften der §§ 171 und 172 (jetzt §§ 174, 175 HGB.) insoweit

zur Anwendung, als sie mit diesen vereinbar sind. Insbesondere steht, wenn die Herabsetzung der Einlage zwar eingetragen, die Bekanntmachung, daß eine Herabsetzung stattgefunden hat, aber noch nicht erfolgt ist, dem Gläubiger die Herabsetzung nur entgegen, falls er bei dem Abschlusse des Geschäfts wußte, daß die Einlage eine Herabsetzung erfahren hatte. Ebenso wird in Ansehung von Forderungen, die aus dem Verkehr mit einer Zweigniederlassung entstanden sind, eine ausschließlich in das Register des Sitzes der Gesellschaft eingetragene und bekannt gemachte Herabsetzung dem Gläubiger nur bei nachgewiesener Kenntnis entgegengesetzt werden dürfen." Diesen Ausführungen der Denkschrift wird, soweit sie den Fall der Herabsetzung berühren, beizutreten sein (§ 15 Anm. I b). In der Eintragung der Herabsetzung liegt ein Doppeltes: erstens ein neus Einlageversprechen zum herabgesetzten Betrag, zweitens die Kundmachung eines Aufhörens der bisherigen Haftung. Das erstere steht dem Einlageversprechen des § 172 Abs. 1 gleich, diese Eintragung hat die Wirkung einer Unterstellung (§ 15 Anm. II c). Das zweite steht dem Austritt des Kommanditisten (§ 161 Anm. II b 31) gleich, und deshalb hat insoweit die Eintragung nur erklärende Wirkung, und sind von den in § 15 enthaltenen Vorschriften die in § 15 Anm. I b und c aufgeführten anwendbar. Der Anwendung des in § 15 Anm. I a erwähnten Grundsatzes aber steht die ausdrückliche Vorschrift des § 174 Halbsatz 1 entgegen, und in dieser Beziehung muß — so wie das Gesetz einmal gefaßt ist — verschieden entschieden werden einerseits bei Herabsetzung der Einlage des Kommanditisten, anderseits bei Beschränkung der Haftung als persönlich haftender Gesellschafter auf die Haftung mit einer Kommanditeinlage (§ 162 Anm. III) und bei Austritt des Kommanditisten (mit hieraus folgendem Einlageerlöschen).

§ 175.

Anmeldung der Erhöhung oder Herabsetzung der Einlage.

Die Erhöhung sowie die Herabsetzung einer Einlage ist durch die sämmtlichen Gesellschafter zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Bekanntmachung der Eintragung erfolgt gemäß § 162 Abs. 2. Auf die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft finden die Vorschriften des § 14 keine Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 160. **Entw. II** § 172.

I. **Anmeldung** (§ 175 Satz 1). Form vgl. § 12 Anm. I. Anmeldungspflichtig sind alle Gesellschafter, sowohl die persönlich haftenden wie die Kommanditisten, entsprechend der für die ursprüngliche Anmeldung des Einlagebetrags (§ 162 Abs. 1) geltenden Vorschrift (§ 161 Anm. II b 2).

II. **Bekanntmachung** (§ 175 Satz 2). Die vorgeschriebene entsprechende Anwendung des § 162 Abs. 2 besteht darin, daß nur bekannt zu machen ist, „daß eine Erhöhung (oder Herabsetzung) der Einlage eines Kommanditisten stattgefunden hat" (D. 116), ohne Angabe des Namens, Standes, Wohnorts des betreffenden Kommanditisten und ohne Angabe des Betrages der Erhöhung oder Herabsetzung.

III. **Ausschluß der Erzwingung durch Ordnungsstrafen** (§ 175 Satz 3). D. 116: „Die Verhängung von Ordnungsstrafen muß insoweit, als es sich um die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft handelt, ausgeschlossen bleiben, da andernfalls die Gesellschafter, der Absicht des Gesetzes entgegen, gezwungen werden würden, auch einer nur für das Verhältnis unter ihnen getroffenen Vereinbarung Dritten gegenüber Wirkung zu verleihen" (vgl. § 172 Anm. IV). Die Fassung des § 175 Satz 3 ist keine glückliche, denn nach allgemeiner Regel würde von Anfang an ein Anmeldungszwang nicht nur bezüglich des Handelsregisters des Sitzes, sondern bezüglich des Handelsregisters jeder Niederlassung bestehen (§ 13 Abs. 1, vgl. § 106 Anm. II e), wenn auch die Eintragung im Handelsregister der Zweigniederlassung nicht vor nachgewiesener Eintragung im Handelsregister der Hauptniederlassung stattfinden soll (§ 13 Abs. 2). Gemeint ist in § 175 Satz 3 nur, daß die erste An-

meldung der Herabsetzung oder Erhöhung nicht erzwingbar sein soll, daß jedoch, sobald einmal eine erste Eintragung erfolgt ist (und eine solche kann gemäß § 13 Abs. 2 nur im Register des Sitzes erfolgen, § 13 Anm. II c 1), die Anmeldung zu den Registern der Zweigniederlassungen in gewöhnlicher Weise erzwingbar ist.

§ 176.

Geschäftsbeginn vor Eintragung.

Hat die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen, bevor sie in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, eingetragen ist, so haftet jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginne zugestimmt hat, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, es sei denn, daß seine Betheiligung als Kommanditist dem Gläubiger bekannt war. Diese Vorschrift kommt nicht zur Anwendung, soweit sich aus dem § 2 ein Anderes ergiebt.

Tritt ein Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft ein, so findet die Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft entsprechende Anwendung.

ADH. Art. 163 Abs. 3. **Entw. I** § 161. **Entw. II** § 173.

I. **Geschäftsbeginn der Gesellschaft vor Eintragung.**

a. **Geschäftsbeginn.** Vgl. § 123 Anm. III b. Die Wirkung des § 123, da sie eine auf alle Gesellschafter sich erstreckende ist, tritt nur ein, wenn alle Gesellschafter zugestimmt haben; die in § 176 bestimmte Wirkung erstreckt sich nur auf den einzelnen Kommanditisten, daher ist die Zustimmung des betreffenden Kommanditisten hier allein erheblich (unten Anm. II a). Der § 123 ist neben dem § 176 entsprechend anwendbar (§ 161 Anm. II b 13); ersterer behandelt den nach außen eintretenden Beginn der Wirksamkeit einer Handelsgesellschaft als solcher (P. 4538), letzterer den nach außen eintretenden Beginn der Wirksamkeit einer Haftungsbeschränkung eines Gesellschafters.

b. **Gesellschaft.** Indem § 176 Abs. 1 davon ausgeht, daß „die Gesellschaft" ihre Geschäfte beginnt, und weiter hinzufügt, daß „der Kommanditist" zugestimmt habe, setzt er voraus, daß im inneren Verhältnis bereits eine Kommanditgesellschaft spätestens zur Zeit des Geschäftsbeginns vorliege. Vgl. § 123 Anm. I a.

c. **Vor Eintragung.** Vgl. § 123 Anm. II b, § 172 Anm. I b. Entscheidend ist allein die Eintragung am Sitz der Gesellschaft. Die Anmeldung allein genügt nicht (ROH. 23 280). Die in § 176 Abs. 1 behandelte Eintragung ist die Eintragung der Gesellschaft als Kommanditgesellschaft. Zweifelhaft ist, ob § 176 eine Ausnahme von § 15 bestimmen wollte, oder ob § 15 in vollem Umfang anwendbar bleibt, so daß die Bekanntmachung zu der Eintragung hinzukommen muß, um gegenüber einem Gläubiger, der die Haftungsbeschränkung nicht kannte, die persönliche Haftung auszuschließen (§ 15 Abs. 1), und so, daß selbst dies nicht genügt, wenn die Nichtkenntnis des Gläubigers unverschuldet war (§ 15 Abs. 2). Folgt man den Ausführungen der Denkschrift zu § 174 (§ 174 Anm. III), so wird anzunehmen sein, daß auch neben § 176 der § 15 anwendbar bleibt (dagegen Staub Anm. 3, Lehmann Nr. 2, Goldmann Nr. 14), weil es sich in § 176 ebenso wie in § 174 um nachträgliche Einschränkung einer ursprünglich (im Fall des § 176 infolge Geschäftsbeginns) vorhandenen weitergehenden Haftung handelt. Damit ist vereinbar, daß der § 15 für nicht anwendbar erachtet wird, wenn die Geschäfte nicht vor Eintragung begonnen waren, also durch die Eintragung eine Haftung neu übernommen wird (§ 172 Anm. I b).

II. **Haftung des zustimmenden Kommanditisten.**

a. **Zustimmung.** Nur derjenige Kommanditist haftet gemäß § 176, der zugestimmt hat (vgl.

Anm. I a). Zustimmung umfaßt die (vorherige) Einwilligung und die (nachträgliche) Genehmigung (BGB. §§ 182—184). Die Zustimmung zum Geschäftebeginn vor Eintragung liegt nicht schon in dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrags, der keinen späteren Zeitpunkt des Geschäftebeginns vorsieht (ebenso Lehmann Nr. 1, Goldmann Nr. 8; dagegen Staub Anm. 1).

b. **Verbindlichkeiten der Gesellschaft.** Vgl. § 128 Anm. III.

c. **Bis zur Eintragung begründet.** Eintragung vgl. § 176 Anm. I c. Für die nach der Eintragung begründeten Forderungen kommt § 172 Abs. 1 zur Anwendung.

d. **Gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter.** Über die Haftung persönlich haftender Gesellschafter vgl. §§ 128, 129, § 161 Anm. II b 16, 17. Die Haftung in diesem Umfang ist ausgeschlossen, wenn der Kommanditist beweist, daß dem Gläubiger bekannt war, daß er nur als Kommanditist beteiligt sei. Der Beweis, daß der Gläubiger dies habe kennen müssen, genügt nicht, entsprechend der allgemeinen Regel des § 15 Abs. 1. Auch wenn die Wissenschaft des Gläubigers sich nicht auf die Höhe der Vermögenseinlage erstreckt, ist die Anwendung des § 176 ausgeschlossen (RG. 12 137). — War dem Gläubiger bekannt, daß der Kommanditist nur als solcher beteiligt sei, so werden auf den Umfang und die Art der Haftung des Kommanditisten §§ 171, 172 entsprechend anzuwenden sein mit dem Unterschied, daß an die Stelle des für das Verhältnis nach außen maßgebenden Einlagebetrags der zur Zeit der Forderungsbegründung für das Verhältnis nach innen maßgebende Einlagebetrag tritt. Irrt der Gläubiger über den Betrag der Einlage, so tritt keine dem Irrtum entsprechende Erweiterung der Haftung des Kommanditisten ein, sondern es sind nur die allgemeinen Grundsätze über Anfechtung wegen Irrtums anwendbar.

e. **Soweit nicht aus dem § 2 sich ein Anderes ergibt.** Vgl § 123 Anm. III c. Der § 176 Abs. 1 Satz 2 ist dahin auszulegen: Ist zwar im Verhältnis nach innen eine Kommanditgesellschaft vorhanden (§ 176 Anm. I b), die Firma des Unternehmers aber nicht eingetragen, und ist das Unternehmen eines der in § 2 (und § 3 Abs. 2) bezeichneten, so haftet im Fall eines mit Zustimmung des Kommanditisten erfolgten Geschäftebeginns der Kommanditist weder wie ein persönlich haftender Gesellschafter einer Handelsgesellschaft, noch wie ein Kommanditist, sondern — gleichgültig, ob dem Gläubiger über seine Beteiligung als Kommanditist etwas bekannt war oder nicht — wie ein Gesellschafter einer gemeinbürgerlichen Gesellschaft.

III. **Eintritt eines Kommanditisten.**

a. **Eintritt in eine bestehende Handelsgesellschaft.** Vgl. § 173 Anm. I. Der § 176 Abs. 2 ist anwendbar auch auf den Sonderfall des § 139 (§ 139 Anm. IV b). Eine bestehende Handelsgesellschaft braucht nicht notwendig eine eingetragene zu sein (§ 105 Anm. I k). Daß nur § 176 Abs. 1 Satz 1 für entsprechend anwendbar erklärt ist, wird darauf zurückzuführen sein, daß vorausgesetzt wurde, der Fall einer nichteingetragenen Handelsgesellschaft der in § 2 genannten Art könne nicht vorkommen. Hält man diese Voraussetzung für unzutreffend (§ 105 Anm. II a), so wird auf den Fall des § 176 Abs. 2 auch § 176 Abs. 1 Satz 2 entsprechend anzuwenden sein, da diese Anwendung nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.

b. **Geschäftebeginn oder -fortsetzung vor Eintragung.** Da bei einer bestehenden Handelsgesellschaft in der Regel ein Geschäftebeginn bereits erfolgt sein wird, so ist, soweit die Geschäfte bereits vor Eintritt des Kommanditisten begonnen sind, hier entsprechend die Geschäftefortsetzung nach Eintritt an die Stelle zu setzen. Unter „Eintragung" ist auch hier unter entsprechender Anwendung des § 176 Abs. 1 nur die Eintragung am Sitz der Gesellschaft zu verstehen.

c. **Haftung des zustimmenden Kommanditisten.** Auch für den Fall des § 176 Abs. 2 bildet die Zustimmung (oben Anm. II a) des Kommanditisten zum Beginn oder zur Fortsetzung der Geschäfte die Voraussetzung für seine Haftung gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter.

1. **Nach** Eintritt begründete Verbindlichkeiten. Der § 176 Abs. 2 bestimmt nur über die Haftung des nicht eingetragenen Kommanditisten wegen der nach dem Eintritt des Kommanditisten begründeten Verbindlichkeiten.

2. **Vor** Eintritt begründete Verbindlichkeiten. Zweifelhaft bleibt, ob bezüglich der

vor dem Eintritt des Kommanditisten begründeten Verbindlichkeiten überhaupt keine Haftung, oder in welchem Umfang etwa eine solche eintritt, solange der Einlagebetrag des eingetretenen Kommanditisten noch nicht eingetragen ist. Das ADH. enthielt keine besondere Vorschrift für den Fall des Geschäftebeginns vor Eintragung eines in eine bestehende Handelsgesellschaft neu eingetretenen Kommanditisten. Der Art. 163 Abs. 3 ADH., der dem jetzigen § 176 Abs. 1 entsprach, schrieb, wie letzterer, nur eine Haftung „für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten" vor. Der § 176 Abs. 2 und in ihm das „zwischen seinem Eintritt" ist neu eingeschoben. D. 117 bemerkt nur: „Tritt ein Kommanditist in eine bestehende Gesellschaft ein, so muß er ebenfalls für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung begründeten Verbindlichkeiten haften." Man wird sich dafür entscheiden müssen, daß § 176 Abs. 2 über die Haftung für vor dem Eintritt des Kommanditisten begründete Verbindlichkeiten überhaupt nichts bestimmen will, daß daher insoweit die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen. Entscheidend für die Haftung des eingetretenen, aber nicht eingetragenen Kommanditisten für früher begründete Verbindlichkeiten ist daher § 173, und zwar unabhängig davon, ob bereits die Geschäfte begonnen (oder fortgesetzt) sind oder nicht, und ob der Beginn (oder die Fortsetzung) mit oder ohne Zustimmung des Kommanditisten erfolgt sind. Nun ist allerdings § 173 nicht unmittelbar anwendbar, weil die dort bestimmte Haftung „nach Maßgabe der §§ 171, 172" voraussetzt, daß in der Eintragung ein Einlagebetrag angegeben ist (§ 172 Abs. 1). An sich müßte man folgern, daß wenn dieser Einlagebetrag nicht angegeben ist, eine Haftungsbeschränkung gegenüber Dritten überhaupt nicht vorhanden sei, mithin unbeschränkte Haftung auch bezüglich der früheren Verbindlichkeiten eintrete. Zu dem gleichen Ergebnis würde die unmittelbare Anwendung des § 130 führen. Indessen wird wohl anzunehmen sein, daß durch das Einschieben der Worte „zwischen seinem Eintritt" in § 176 Abs. 2 jedenfalls soviel ausgedrückt werden sollte, daß die Haftung für die vor dem Eintritt und für die nach dem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten eine verschiedene sein solle. Dann bleibt aber nur übrig, den § 173 entsprechend dahin auszulegen, daß unter entsprechender Anwendung der §§ 171, 172 der eingetretene, aber nicht eingetragene Kommanditist für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten mit dem zur Zeit des Eintritts für das Verhältnis nach innen maßgebenden Einlagebetrag nach außen hafte (zust. Staub § 173 Anm. 3, Goldmann § 173 Nr. 9; eine ähnliche entsprechende Anwendung vgl. auch oben Anm. II d). — Wollte man im Gegensatz zu der hier vorgetragenen Ansicht aus § 176 Abs. 2 schließen, daß eine Haftung des nicht eingetragenen Kommanditisten für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten nicht eintrete (so nach früherem Recht ROH. 12 15), so würde man eine Belohnung auf die Nichteintragung setzen, man würde genötigt sein, aus § 176 Abs. 2, der jedenfalls nur über den Fall eines mit Zustimmung des Kommanditisten erfolgten Geschäftebeginns spricht, allgemeine Schlüsse auf jeden Fall der Nichteintragung zu ziehen, und man würde mit den Grundsätzen des § 130, bei welchem eine etwa erfolgte Eintragung unerheblich ist, in Widerspruch geraten. — Wird eine vor Eintritt begründete Verbindlichkeit nach Eintritt des Kommanditisten seitens der KG. besonders übernommen, z. B. durch Abruf und Entgegennahme früher bestellter Waren, so ist die aus dieser Übernahme entstehende Verbindlichkeit eine nach Eintritt des Kommanditisten begründete, so daß der Kommanditist hierfür gemäß § 176 Abs. 2 haftet (RG. 27 II 02 Holdheims MSchr. 127).

V. Tod des Kommanditisten (§ 177).

§ 177.

Der Tod eines Kommanditisten hat die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge.

ADH. Art. 170 Abs. 1. **Entw. I** § 164. **Entw. II** § 175.

I. **Stellung der Erben im Innern der Gesellschaft.** Der § 177 enthält nur eine Bestimmung verneinenden Inhalts. Welches die Folge des Todes eines Kommanditisten ist, muß aus

allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden. Demgemäß wird anzunehmen sein, daß die Erben an die Stelle des Erblassers treten mit den gleichen Rechten und Pflichten wie dieser.

II. **Stellung der Erben nach außen.**

a. **Schwebezeit.** Der § 139 ist unanwendbar; insbesondere kann der Erbe einseitig nicht früher ausscheiden als der Erblasser dies gekonnt hätte. Eine Schwebezeit besteht nicht während der Frist des § 139 Abs. 3, sondern nur bis feststeht, wer Erbe wird, also insbesondere bis zu der Annahme der Erbschaft durch den berufenen Erben oder dem Ablauf der Ausschlagungsfrist (BGB. §§ 1943, 1944).

b. **Eintragung.** Nach Ablauf der vorerwähnten Schwebezeit sind die Erben zur Eintragung als Kommanditisten, jeder mit seinem Anteil an der Einlage des Erblassers, anzuhalten (§ 143 Anm. I; ebenso Staub Anm. I, Goldmann Nr. 11; dagegen Renaud KG. 202, Lehmann Nr. 2). Die Eintragung der Gemeinschaft der Miterben als Kommanditist, selbst wenn man sie an sich für zulässig halten würde (vgl. § 105 Anm. Ie 1), würde nicht der für die Bestimmungen des § 139 maßgebend gewesenen Erwägung entsprechen, daß im Interesse der Gesellschaftsgläubiger nach Ablauf einer Schwebezeit die Begrenzung der Haftung auf den Betrag der Erbschaft aufhören müsse.

c. **Haftung für Gesellschaftsschulden.** Die Erben haften für die vor dem Anfall der Erbschaft begründeten Gesellschaftsschulden, soweit eine unmittelbare Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in Frage kommt (also namentlich wegen rückständiger oder zurückgezahlter Einlage), nur nach Maßgabe der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten (BGB. §§ 1993 ff., 2058; vgl. HGB. § 139 Abs. 4). Für die Verbindlichkeiten, die nach dem Anfall der Erbschaft und vor Eintragung des einzelnen Erben als Kommanditisten mit gesonderter Einlage begründet sind, haften alle Erben, soweit überhaupt eine unmittelbare Haftung ihres Erblassers bestand, als Gesamtschuldner und ohne Beschränkung auf die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten (vgl. § 139 Abs. 4, § 173; der § 176 Abs. 2 ist unanwendbar, weil der Betrag der Einlage des Erblassers eingetragen ist).

III. **Abweichende vertragliche oder letztwillige Festsetzung.** In entsprechender Anwendung des § 138 ist die Vereinbarung für zulässig zu erachten, daß, wenn ein Kommanditist stirbt, seine Erben ausscheiden, und die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird. Ist nur vereinbart, daß, wenn ein Kommanditist stirbt, seine Erben ausscheiden, und ist nach den Umständen anzunehmen, daß hierdurch nicht zugleich die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern vereinbart werden sollte, so wird durch den Tod des Kommanditisten die Gesellschaft aufgelöst (§ 161 Anm. IIb 19). — Durch Vermächtnis sind die Rechte des Kommanditisten nicht in höherem Grad übertragbar als durch Übertragung unter Lebenden (ebenso Staub Anm. 1; dagegen nach früherem Recht Hahn Art. 170 § 2; vgl. § 105 Anm. If).

IV. **Auflösung einer als Kommanditist beteiligten Gesellschaft.** Wird eine als Kommanditist beteiligte Gesellschaft (§ 161 Anm. Ia) aufgelöst, so hat dies ebensowenig wie der Tod des Kommanditisten die Auflösung der Kommanditgesellschaft zur Folge. Die aufgelöste Gesellschaft bleibt Kommanditist bis zur Auflösung der Kommanditgesellschaft oder zum Ausscheiden (z. B. infolge Kündigung) der als Kommanditist beteiligten Gesellschaft (KGJ. 14 55; vgl. § 131 Anm. II, § 335 Anm. Ia 15). Dem Tod gleich steht jedoch, falls Liquidation der als Kommanditist beteiligten Gesellschaft erfolgte, die Beendigung der Liquidation (§ 156 Anm. IV), und falls keine Liquidation erfolgte, das Aufhören des Vorhandenseins von Gesellschaftsvermögen (§ 158 Anm. IIc). Nach diesem Zeitpunkt nehmen dann — wenn man eine Rechtsnachfolge annimmt (vgl. § 124 Anm. IIc 7) — die bisherigen Gesellschafter der aufgelösten, als Kommanditist beteiligt gewesenen Gesellschaft eine den Erben eines Kommanditisten entsprechende Stellung ein (vgl. KGJ. 14 56).

Dritter Abschnitt.

Aktiengesellschaft.

I. **Verhältnis zum früheren Recht.** Das ADH. v. 1861 ging von dem Erfordernis einer staatlichen Genehmigung für jede AG. aus. Das G. 11 VI 70 (BGBl. 375) beseitigte die Vorschriften über staatliche Genehmigung, deren Bekanntmachung und staatliche Oberaufsicht (außer soweit der Gegenstand des Unternehmens staatliche Genehmigung oder Aufsicht bedingt) unter Änderung einer größeren Zahl von Einzelbestimmungen und Hinzufügung neuer. Das G. 18 VII 84 (RGBl. 123) gab den Bestimmungen über KAG. und AG. eine neue Fassung, jedoch unter Wahrung der Grundzüge des G. 11 VI 70. Das HGB. enthält eine neue Anordnung der Vorschriften über die AG. und KAG. und bessert und ergänzt in Einzelheiten das frühere Recht, so namentlich in den Bestimmungen über Prüfung der Gründung, Erhöhung und Herabsetzung des Grundkapitals, Bezugsrecht, Veräußerung des Gesellschaftsvermögens als Ganzes, Nichtigkeit der Gesellschaft, wiederkehrende Leistungen der Aktionäre (D. 118, 119).

II. **Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.** Die Aktiengesellschaft ist eine juristische Person (§ 178 Anm. Ib). Sie ist ein Verein im Sinn des BGB. (ebenso Staub[7] Anm. 9, Ring vor § 178 Nr. 3, Simon ZHR. **49** 6, Lehmann Recht d. AG. 1 249, Goldmann Nr. 16, vgl. RG. **53** 231 „Personenverein", und für die GmbH. KG. 2 XII 01 EntschFG. **3** 27 KGJ. **23** A 108 OLGRspr. 4 257, 20 IV 05 KGJ. **30** A 131, RG. 19 II 04 JW. 167[5]; dagegen Pinner § 178 Anm. IX und in ZHR. **50** 100 ff., Staub[8]-Pinner § 178 Anm. 6, 12, früher auch Simon § 5 Anm. 49). Dies ist vorausgesetzt in BGB. § 22 (HGB. § 6 Anm. Ib 1). Unter der Bezeichnung als „Verein" ist die AG. mitbegriffen in HGB. § 6 Abs. 2. In D. 140 ist vorausgesetzt, daß an sich BGB. § 28 anwendbar auf die AG. wäre; vgl. auch D. 143 bezüglich BGB. § 35. — Daher finden auf die Aktiengesellschaft die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Vereine (BGB. §§ 21—54) ergänzend Anwendung (Genaueres hinter § 319), in gleicher Weise wie nach § 105 Abs. 2 auf die offene Handelsgesellschaft die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft. So bezüglich BGB. §§ 29, 48 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2: KG. 2 XII 01 EntschFG. **3** 28 KGJ. **23** A 109, bezüglich BGB. § 31: RG. 23 I 03 JW. Beilage 39[81] vgl. RG. **57** 95, bezüglich BGB. § 35: RG. 14 XI 03 JW. **04** 45[14]. Ob aus BGB. § 21 folgt, daß ein nichtwirtschaftlicher Verein nicht AG. sein könne, vgl. zu BGB. § 21 (abgedr. hinter HGB. § 319). — Die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft sind nicht ergänzend anwendbar auf die AG. Unter die Begriffsbestimmung des § 705 BGB. fällt die AG. nicht, weil bei letzterer (es sei denn in einem Vorvertrag) keine Verpflichtung der Gesellschafter gegen einander, sondern nur eine Verpflichtung jedes Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft übernommen wird. **Die Aktiengesellschaft ist daher keine Gesellschaft im Sinn des BGB.; der Gesellschaftsvertrag der AG. ist kein Gesellschaftsvertrag, sondern eine Satzung im Sinn des BGB.** (§ 182 Anm. I, IIIa); **der Aktionär ist kein Gesellschafter, sondern ein Mitglied im Sinn des BGB.; die Rechte des Aktionärs** (Anteilrechte, § 179 Anm. IIa) **sind Mitgliedschaftsrechte im Sinn des BGB.** — Es kommen in nachstehender Reihenfolge zur Anwendung: „1. Die zwingenden Vorschriften des HGB. über die AG.; 2. diejenigen zwingenden Vorschriften des BGB. über Vereine, welche mit (zwingenden oder nachgiebigen) Vorschriften des HGB. über die AG. nicht im Widerspruch stehen; 3. die Satzung; 4. die nachgiebigen Vorschriften des HGB. über die AG.; 5. die nachgiebigen Vorschriften des BGB., welche mit (zwingenden oder nachgiebigen) Vorschriften des HGB. über die AG. nicht im Widerspruch stehen" (Simon ZHR. **49** 10).

III. **Inwieweit ist das neue Recht auf ältere Aktiengesellschaften anwendbar?**

a. **Regel.** Geht man davon aus, daß die AG. ein Verein ist, (oben zu II), so finden die neuen aktienrechtlichen Vorschriften auch auf eine bestehende AG. An-

wendung, soweit nicht die Wirkung von Rechtshandlungen in Frage steht, die bereits unter der Herrschaft des alten Rechtes vollendet waren (EGBGB. Art. 163, D. 304). Eine Feststellung dieser Regel im Gesetz wurde für überflüssig erachtet (D. 305). Der Art. 170 EGBGB. ist bei der AG. (wie überhaupt bei Vereinen) auf die Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern untereinander und zwischen der AG., deren Beamten und dem Mitglied nicht anwendbar, soweit der Rechtsgrund eines Anspruchs die Mitgliedschaft und deren Bestehen nach dem Inkrafttreten des HGB. ist. Anwendbar dagegen ist Art. 170 insoweit, als ein Vertragsverhältnis der AG. vorliegt (z. B. ein Vertrag auf Übernahme von Vermögensgegenständen, § 186 Anm. IIIb), ferner auch insoweit, als schon vor Inkrafttreten des HGB. die ursprünglich zwar auf der Mitgliedschaft beruhende Forderung bereits in eine von jenem Rechtsgrund nicht mehr abhängige übergegangen ist, z. B. die Forderung auf Auszahlung des Gewinnanteils nach Feststellung der Höhe des verteilbaren Reingewinns (§ 213 Anm. IIc), oder ein durch Dividendenausfall entstandenes Nachbezugsrecht (§ 185 Anm. IIa). Andererseits ist Art. 170 überhaupt nur mit der Beschränkung anwendbar, daß nach Inkrafttreten des BGB. und des HGB. eintretende neue, auf das Schuldverhältnis einwirkende Tatsachen, soweit sie nicht nur eine weitere Entwicklung des früheren Schuldverhältnisses enthalten, nach neuem Recht zu beurteilen sind (Planck[3] Art. 170 Anm. 1). So können im neuen Recht die Handlungen, die zur Erfüllung eines früher gültig geschlossenen Vertrages dienen sollen, mit Wirkung auf die unter Herrschaft des neuen Rechts vorzunehmenden Erfüllungshandlungen verboten werden (z. B. die versprochene Einziehung von Anteilrechten aus anderen Mitteln als dem verfügbaren Gewinn, RG. 22 1).

b. **Ausnahmevorschriften der Einführungsgesetze.** Streitig ist, ob die nicht ausdrücklich aufgehobenen Vorschriften der älteren Einführungsgesetze neben dem HGB. in Kraft geblieben sind, auch soweit die Vorschriften des HGB. an sich zwingend wären. Für Bejahung D. 307, Riesser Neuerungen im Aktienrecht 144 ff., Staub[7] § 252 Anm. 26. Für Verneinung RG. 48 47, Lehmann ZHR. 48 119, 49 646, Ring Nr. 4 vor § 178, Staub[8]-Pinner § 252 Anm. 37, vgl. auch RG. 55 42. Der ersteren Ansicht ist beizutreten, da die Bestimmungen jener älteren Einführungsgesetze durch EGHGB. Art. 2 Abs. 2 aufrecht erhalten sind und aus D. 307 hervorgeht, daß dies auch beabsichtigt war. Jene älteren Einführungsgesetze waren nicht Teil des aufgehobenen ADH., sondern bestimmten umgekehrt, auf welche Rechtsverhältnisse das ADH. nicht Anwendung finden solle. Wer die entsprechenden Bestimmungen des neuen HGB. als zwingend bezeichnet und dann hieraus etwas für die von jenen älteren Einführungsgesetzen betroffenen Gesellschaften herleitet (so RG. 48 47, Goldmann § 178 Nr. 22, Staub[8]-Pinner § 252 Anm. 37), setzt das Gesuchte voraus, denn es ist gerade fraglich, ob die neuen Bestimmungen auch bezüglich älterer Gesellschaften zwingend sein sollten. Geht man von der Ansicht aus, daß die Vorschriften der älteren Einführungsgesetze fortbestehen, so kommen vier Gruppen von Bestimmungen in Betracht, wobei zu beachten ist (D. 307), daß in den drei erstgenannten Gruppen gemäß der Bestimmung in EGHGB. Art. 3 an die Stelle der Vorschriften des ADH., auf welche in Reichs- oder Landesgesetzen verwiesen ist, die Vorschriften des HGB. treten:

1. Für die vor Verkündung des ADH. bestehenden AGen. die Vorschriften der Landes-Einführungsgesetze. Vgl. Pr. AGHGB. 24 IX 99 Art. 8 Abs. 2.
2. Für die vor Inkrafttreten des Aktiengesetzes v. 11. Juni 1870 bestehenden KAGen. der § 5 dieses Gesetzes (berührt HGB. § 330 Abs. 4), für die vor Einführung jenes Gesetzes in Bayern bereits vorhandenen bayrischen AGen. u. KAGen. auch Einf.-Ges. 22 IV 71 (BGBl. 87) § 10 (berührt HGB. §§ 198—201, 323).
3. Für die vor dem 14. August 1884 bestehenden (zum Teil auch für die damals bereits zum Handelsregister angemeldeten) AGen. und KAGen. das Aktiengesetz v. 18 VII 84 §§ 2—7 (berührt namentlich HGB. §§ 178—180, 182—199, 202—207, 209, 248, 252, 278—287, 321—324, 327). Für diese Bestimmungen — ebenso wie für die noch älteren, oben zu 1 und 2 angeführten — werden sich jedoch nur selten noch Fälle ergeben, in denen sie zur Anwendung zu bringen sind. Nach D. 307 werden lediglich die Vorschriften der §§ 4—6, die sich auf das Stimmrecht in der Generalversammlung, auf die

Unzulässigkeit einer Befreiung der Aktienzeichner von der Haftung für weitere Einzahlungen, auf den Handelsbetrieb der Vorstandsmitglieder und auf die Bestellung der letzteren zu Mitgliedern des Aufsichtsrats beziehen, noch in Betracht kommen.

4. Für die vor Inkrafttreten des HGB. bestehenden (zum Teil auch für die damals bereits zum Handelsregister angemeldeten) AGen. und KAGen. das EGHGB. Art. 22—28.

IV. Stempelsteuer gelegentlich Errichtung der AG. oder Ausgabe von Mitgliedscheinen.

a. Deutscher Urkunden- (bezw. Einlegungs-) stempel. ReichsStempG. 3 VI 06 (RGBl. 695) Tarif Nr. 1:

Gegenstand der Besteuerung	Steuersatz	Berechnung der Stempelabgabe
„a. Inländische Aktien, Aktienanteilsscheine und Reichsbankanteilsscheine sowie Interimsscheine über Einzahlungen auf diese Wertpapiere	2 %	vom Nennwerte, bei Interimsscheinen und nicht vollgezahlten Namensaktien vom Betrage der bescheinigten Einzahlungen, und zwar zu 1 a in Abstufungen von 40 Pf., zu 1 b in Abstufungen von 50 Pf. für je 20 Mk.; überschießende Bruchteile werden, soweit sie nicht unter dem Betrage von 1 Mk. zurückbleiben, für volle 20 Mk. gerechnet. Bei inländischen Aktien usw. erfolgt die Versteuerung zuzüglich des Betrags, zu welchem sie höher als der Nennwert lautet, ausgegeben werden. Der nachweislich versteuerte Betrag der Interimsscheine wird auf den Betrag der demnächst etwa zu versteuernden Aktien usw. angerechnet. Das Gleiche gilt von dem versteuerten Betrage nicht voll gezahlter Aktien bei späteren Einzahlungen. Ausländische Werte werden nach den Vorschriften wegen Erhebung des Wechselstempels umgerechnet.
b. Ausländische Aktien und Aktienanteilsscheine, wenn sie im Inland ausgehändigt, veräußert, verpfändet oder wenn daselbst andere Geschäfte unter Lebenden damit gemacht oder Zahlungen darauf geleistet werden, unter der gleichen Voraussetzung auch Interimsscheine über Einzahlungen auf diese Wertpapiere . . . . Die Abgabe ist von jedem Stücke nur einmal zu entrichten.	2½ %	
c. . . . . Befreit sind: Inländische Aktien und Aktienanteilsscheine sowie Interimsscheine über Einzahlungen auf diese Wertpapiere, sofern sie von Aktiengesellschaften ausgegeben werden, welche a. nach der Entscheidung des Bundesrats ausschließlich gemeinnützigen Zwecken dienen, den zur Verteilung gelangenden Reingewinn satzungsmäßig auf eine höchstens vierprozentige Verzinsung der Kapitaleinlagen beschränken, auch bei Auslosungen oder für den Fall der Auflösung nicht mehr als den Nennwert ihrer Anteile zusichern und bei der Auflösung den etwaigen Rest des Gesellschaftsvermögens für gemeinnützige Zwecke bestimmen, — Die von solchen Aktiengesellschaften beabsichtigten Veranstaltungen müssen auch für die minderbegüterten Volksklassen bestimmt sein. — oder welche b. die Herstellung von inländischen Eisenbahnen unter Beteiligung oder Zinsgarantie des Reichs, der Bundesstaaten, der Provinzen, Gemeinden oder Kreise zum Zwecke haben. Anmerkung zu Tarifnummer 1 und 2.		
. . . .	. . . .	. . . .
Genußscheine und ähnliche zum Bezug eines Anteils an dem Gewinn einer Aktienunternehmung berechtigende Wertpapiere, sofern sie sich nicht als Aktien oder Aktienanteilsscheine (Tarifnummer 1) oder als Renten- oder Schuldver-		

Gegenstand der Besteuerung	Steuersatz	Berechnung der Stempelabgabe
schreibungen (Tarifnummer 2) darstellen, unterliegen einer festen Abgabe, die für		
a. solche, welche als Ersatz an Stelle erloschener Aktien ausgegeben werden	0,50 Mk.	von jeder einzelnen Urkunde
b. alle übrigen, und zwar		
1. inländische	15,— Mk.	von jeder einzelnen Urkunde
2. ausländische.	20,— Mk.	von jeder einzelnen Urkunde
beträgt.		
Vor dem 1. Juli 1900 ausgegebene Genußscheine werden nach den bisherigen Bestimmungen besteuert.“		

Sind innerhalb eines Jahres nach Eintragung der AG. oder KAG. in das Handelsregister oder nach Eintragung des Erhöhungsbeschlusses Mitgliedscheine nicht ausgegeben, so ist eine entsprechende Steuer jeweils vom Betrag der in Anrechnung auf die Einlagen auf das Grundkapital erfolgten Einzahlungen zu entrichten (Genaueres RStempG. 3 VI 06 §§ 6—8).

b. **Preußischer Urkundenstempel.** Stempelsteuergesetz 31 VII 95 (GS. 413) Tarif Nr. 25:

Gegenstand der Besteuerung	Steuersatz	Berechnung der Stempelabgabe
„Gesellschaftsverträge, wenn sie betreffen:		
a. die Errichtung von Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie die Erhöhung des Aktien- oder Grundkapitals solcher Gesellschaften . .	1/50 %	des Aktien- oder Grundkapitals oder der Erhöhung dieses Kapitals;
. . . .	. . . . .	. . . .
Wenn jedoch die Zwecke der vorbezeichneten Gesellschaften nicht auf den Gewinn der Teilnehmer gerichtet sind	1,50 Mk.	
Beschlüsse über die Erhöhung des Aktien-, Grund- oder Stammkapitals (Nachschüsse) sind wie Verträge hierüber zu versteuern.		
Wird das Kapital nicht sofort voll eingezahlt, so ist der Wertstempel von der jedesmaligen Teilzahlung zu entrichten;		
. . . .	. . . . .	. . . .
c. das Einbringen von nicht in Geld bestehendem Vermögen in eine Gesellschaft der unter a bezeichneten Art bei Errichtung derselben oder in eine bereits bestehende Gesellschaft dieser Art, insoweit zu dem eingebrachten Vermögen unbewegliche im Inlande belegene Sachen oder diesen gleichgeachtete Rechte gehören	1 %	des Entgelts einschließlich der auf der Einlage ruhenden, auf die Gesellschaft übergehenden Passiva und des Wertes aller sonstigen ausbedungenen Leistungen und vorbehaltenen Nutzungen oder, wenn das Entgelt aus dem Vertrage nicht hervorgeht, des Wertes des eingebrachten Vermögens;
insoweit zu dem eingebrachten Vermögen unbewegliche außerhalb Landes belegene Sachen oder diesen gleichgeachtete Rechte gehören	1,50 Mk.	
insoweit das eingebrachte Vermögen aus beweglichen Vermögensgegenständen besteht	1/2 %	des Entgelts einschließlich des Wertes der ausbedungenen Leistungen und vorbehaltenen Nutzungen oder wenn das Entgelt nicht aus dem Vertrage hervorgeht, des Wertes des eingebrachten Vermögens;
insoweit das eingebrachte Vermögen aus Forderungsrechten besteht	1/50 %	des Wertes der Forderungen;
Auf den Wertstempel kommt der nach den Vorschriften unter a dieser Tarifstelle zu be-		

Gegenstand der Besteuerung	Steuersatz	Berechnung der Stempelabgabe
rechnende Wertstempel in Anrechnung, wenn das Einbringen des Vermögens in die Gesellschaft zugleich mit deren Errichtung oder mit der Erhöhung des Gesellschaftsvermögens beurkundet wird."		

Bestritten ist die Gültigkeit der Bestimmung des vorstehenden Tarifs 25c in Anwendung auf Einbringung gegen Aktienempfang, weil sie eine durch RStempG. § 21 verbotene landesgesetzliche Verstempelung des bereits nach dem RStempG. Tarif Nr. 4 (nachstehend zu c) abgabepflichtigen Geschäfts enthalte (Heinitz[3] Stempelsteuerg. 398). Die Gültigkeit ist jedoch bejaht, auch für den Fall der Nichtbareinlage (Tarif 25c) in RG. 45 99, RG. 26 VI 00 JW. 609[16]). Dagegen ist sie verneint für den Fall, daß das Einbringen in Gegenständen besteht, deren Anschaffung nach RStempG. Tarif 4a Abs. 1 stempelpflichtig ist (RG. 51 356). Unter Einbringen im Sinne des Tarifs 25c ist nach der neueren Rechtsprechung sowohl bei der AG. wie bei der GmbH. ein aus Nichtbareinlage und Übernahme gemischtes Geschäft einbegriffen (RG. 51 390, 392, 53 321; dagegen RG. 26 VI 00 JW. 609[16], 18 I 01 JW. 147[19]). Unerheblich ist, ob zu dem „Ruhen des Passivums auf der Einlage" die persönliche Übernahme der Schuld durch die Gesellschaft hinzutritt (RG. 51 392). Nicht unter Tarif 25c fällt eine Einlage, die (§ 186 Anm. IIa) lediglich in Neuschaffung einer Forderung der AG. gegen den Einleger besteht (RG. 18 I 01 JW. 147[19]). Der nach Tarif 25c Abs. 5 anzurechnende Stempel des Tarifs 25a ist der ganze Stempel des Tarif 25a, nicht nur derjenige Teil, der auf den durch Nichtbareinlage gedeckten Teil des Aktienkapitals entfällt (RG. 46 239). Die Anrechnung erfolgt auch insoweit, wie der Stempel gemäß Tarif 25c nicht von einer Nichtbareinlage, sondern von einer Übernahme berechnet wird (RG. 51 392). Zu den „Forderungsrechten" des Tarifs 25c gehört auch ein forderungsrechtlicher Anspruch auf Auflassung eines Grundstücks (RG. 54 321). — Durch die Reichssteuer bei Nichtausgabe von Mitgliedscheinen wird die landesgesetzliche Besteuerung von Gesellschaftsverträgen nicht berührt (RStempG. § 8 Abs. 2).

Die Klammer „(Nachschüsse)" in Tarif 25a bedeutet, daß stempelrechtlich Nachschußbeschlüsse (die bei AG. und KAG. nicht vorkommen können) ebenso behandelt werden sollen wie die rechtlich in mehrfacher Beziehung hiervon verschiedenen Kapitalerhöhungsbeschlüsse (RG. 54 340).

c. **Geschäftsstempel.** Reichsstempelgesetz 3 VI 06 (RGBl. 695) Tarif Nr. 4:

Gegenstand der Besteuerung	Steuersatz	Berechnung der Stempelabgabe
„a. Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte über:		vom Werte des Gegenstandes des Geschäfts und zwar in Abstufungen von
1. Wertpapiere der unter Nummer 2a, 2b und 3 des Tarifs bezeichneten Art . . .	$^2/_{10}$ ‰	zu 4a 1: 0,20 Mark, zu 4a 2: 1,00 Mark, zu 4a 3: 0,30 Mark, zu 4a 4: 0,20 Mark, für je 1000 Mark oder einen Bruchteil dieses Betrags. Bei Berechnung der Abgabe im einzelnen Falle sind mindestens 10 Pfennig in Ansatz zu bringen und höhere Pfennigbeträge derart nach oben hin abzurunden, daß sie durch 10 teilbar sind.
2. Anteile von bergrechtlichen Gewerkschaften oder die darüber ausgestellten Urkunden (Kuxscheine, Bezugsscheine, Abtretungsscheine)	1 ‰	
3. sonstige Wertpapiere der unter 1 bis 3 des Tarifs bezeichneten Art einschließlich der Genußscheine	$^3/_{10}$ ‰	
4. ausländische Banknoten, ausländisches Papiergeld, ausländische Geldsorten. . .	$^2/_{10}$ ‰	Der Wert des Gegenstandes wird nach dem vereinbarten Kauf- oder Lieferungspreise, sonst durch den mittleren Börsen- oder Marktpreis am Tage des Abschlusses bestimmt. Die zu den Wertpapieren
Den Kauf- und sonstigen Anschaffungsgeschäften steht gleich die bei Errichtung einer Aktiengesellschaft oder Kommandit-		

Gegenstand der Besteuerung	Steuersatz	Berechnung der Stempelabgabe
gesellschaft auf Aktien erfolgende Zuteilung der Aktien auf Grund vorhergehender Zeichnung, die bei Errichtung einer Aktiengesellschaft stattfindende Übernahme der Aktien durch die Gründer und die Ausreichung von Wertpapieren an den ersten Erwerber." (Folgt Ermäßigung für Arbitrirverkehr.)		gehörigen Zins- und Gewinnanteilsscheine bleiben bei Berechnung der Abgabe außer Betracht. Ausländische Werte sind nach den Vorschriften wegen Erhebung des Wechselstempels umzurechnen.

Erster Titel.

Allgemeine Vorschriften.

§ 178.

Grundkapital. Beteiligung und Haftung der Gesellschafter.

Die sämmtlichen Gesellschafter der Aktiengesellschaft sind mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft betheiligt, ohne persönlich für deren Verbindlichkeiten zu haften.

ADH. Art. 207 Abs. 1, 2. **Entw. I** § 165. **Entw. II** § 176.

I. **Aktiengesellschaft.**

a. **Begriff.** Der § 178 soll keine erschöpfende Begriffsbestimmung enthalten; aus ihm geht nicht hervor, daß jede Vereinigung, bei welcher die in § 178 erwähnten Merkmale vorhanden sind, eine AG. ist (D. 119). Dagegen ist der umgekehrte Schluß zutreffend, daß eine AG. nicht vorhanden ist, wenn eines der in § 178 erwähnten Merkmale fehlt. Wesentlich für das Vorliegen einer AG. ist:

1. die Zerlegung des Grundkapitals in Aktien (§ 178; RG. 21 156);
2. die Beteiligung jedes Gesellschafters mit einer Einlage (§ 178; RG. 30 17);
3. das Nichtvorhandensein einer persönlichen Haftung irgend eines Gesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 178);
4. die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft (§ 200 Abs. 1);
5. das Vorhandensein (und die Nicht-Nichtigkeit) der in § 182 Abs. 2 aufgezählten wesentlichen Bestimmungen der Satzung oder erfolgte Heilung eines hierauf bezüglichen Mangels (§§ 309, 310).

Nicht jedes körperschaftlich geordnete Verhältnis mit beliebigem Inhalt gesellschaftlicher Leistungen ist eine AG., wenn als der Haftungsgegenstand nach außen lediglich ein bestimmtes, durch festbestimmte Kapitalbeiträge gebildetes Kapital gesetzt ist (RG. 21 156). Keine AG., aber ein ihr ähnlicher Verein ist die Reichsbank (RG. 53 231). — Über den internationalen Begriff der AG. vgl. Lehmann Recht der Aktiengesellschaften 1 132.

b. **Juristische Persönlichkeit.** Da die Aktiengesellschaft ein Verein im Sinn des BGB. (Vorbem. II vor § 178) und rechtsfähig (§ 210 Abs. 1) ist, so ist sie eine juristische Person (Überschrift zu BGB. Buch I Tit. 2, GVG. § 113 Abs. 1 in Fassung d. G. 20 III 05). Darauf deutet auch die Fassung der Überschrift des HGB. Buch II Abschn. 3 Tit. 2 und das „als solche" in § 210 (§ 210 Anm. I a). Ebenso nach früherem Recht (Str. 72 235, ROH. 22 242, RG. 23 202, vgl. RG. 6 71, 7 69, 31 21; dahingestellt P. 1040). — In § 308 ist allerdings die AG. und KAG. (§ 305) als „Gesellschaft" in Gegensatz gestellt zur „juristischen Person" (§ 304); hierin liegt jedoch nur eine Ungenauigkeit der Fassung.

Ähnlich FlaggenG. 22 VI 99 § 2 Abs. 2, § 14 Abs. 2. — Die Zweigniederlassung einer AG. hat keine Sonderpersönlichkeit (RG. 8 IV 04 JW. 297[27]).

c. **Gesellschaftsvermögen.** Die AG. als juristische Person hat ein selbständiges Gesellschaftsvermögen. Der einzelne Aktionär hat an dem Gesellschaftsvermögen oder an den einzelnen dies Vermögen zusammensetzenden Gegenständen auf Grund seiner Mitgliedschaft nicht etwa einen sachenrechtlichen Anteil, vielmehr nur Forderungsrechte verschiedenen Inhalts (D. 133; vgl. § 105 Anm. I g).

II. **Grundkapital.**

a. **Begriff.** Grundkapital ist die in der Satzung festgesetzte Zahl, die den ungefähren Wert der bei Gründung versprochenen Einlagen darstellen soll. Die so festgesetzte Zahl gilt aber als „Grundkapital" selbst insoweit sie jenem Wert nicht entspricht (vgl. auch Anm. III). Das Gesetz gibt nur Bestimmungen, die geeignet sind, jene — an sich willkürlich festgesetzte — Zahl dem Wert der Einlagen einigermaßen anzunähern. Die Grundkapitalszahl ist zwar nicht eine unbenannte Zahl, sondern eine auf bestimmte Währung, also bestimmten Wert bezogene; innerhalb der vorstehend erwähnten Grenzen beruht es aber auf Willkür, welche Wertangabe durch Festsetzung einer bestimmten Grundkapitalszahl gemacht werden soll, und in welchem Verhältnis der so angegebene Wert zu dem tatsächlichen Wert der versprochenen Einlagen steht. — Während bestehender AG. kann der Betrag des Grundkapitals nur durch Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlüsse geändert werden (streitig für Einziehung [§ 227 Anm. I c 2] und irrtümliche Doppelausgabe von Mitgliedscheinen [§ 219 IV d]). Daher ist das Grundkapital nicht notwendig dauernd gleich der Summe aller Nennbeträge der Grundkapitalanteile (§ 179 Anm. III a). Das Grundkapital steht zu dem Gesellschaftsvermögen in ähnlichem Verhältnis wie der Nennbetrag der Aktien zu deren Kurs. — Von „Grundkapital" in vorstehendem Sinn kann man „Grundvermögen" unterscheiden, indem man unter letzterem, einen im Wert dem Nennbetrag des Grundkapitals gleichkommenden ungetrennten Teil des Gesellschaftsvermögens oder bei gleichem oder geringerem Wert des Gesellschaftsvermögens das ganze Gesellschaftsvermögen begreift. — Im HGB. ist — im Anschluß an den Sprachgebrauch des ADH. — mit dem Ausdruck „Grundkapital" an einigen Stellen noch der Sinn von „Grundvermögen" verbunden (§§ 241 Abs. 3 Nr. 5, 288 Abs. 2; vgl. auch §§ 202 Abs. 1, 203, 245 Abs. 1, 280 Abs. 2, 313 Nr. 1 [§ 278 Abs. 1, § 313 Nr. 3 „Kapital", an letzterer Stelle beide Bedeutungen umfassend]; über den Ausdruck „Einlage auf das Grundkapital" vgl. § 211 Anm. II). In den nachstehenden Erläuterungen ist bei Gebrauch des Wortes „Grundkapital" der erstere Sinn festgehalten.

b. **Zerlegung in Aktien.** Die Aktie (in diesem Sinn; vgl. § 179 Anm. I) ist hiernach ein fester Bruchteil des Grundkapitals. Über die Art der Zerlegung bestimmt Näheres § 179. — Das ADH. v. 1861 gestattete die Zerlegung in „Aktien oder Aktienanteile". Dies wurde bereits durch G. v. 1884 geändert.

III. **Beteiligung jedes Gesellschafters mit einer Einlage.** „Einlage" vgl. § 105 Anm. I h. Jeder Gesellschafter muß sich mit einer Einlage „auf das Grundkapital" beteiligen (§ 195 Anm. IV a 2). Hierunter ist, weil nach der Absicht des Gesetzgebers die AG. eine auf vorhandenes Kapital sich stützende Gesellschaftsform sein sollte, die Beteiligung mit einem Kapitalbeitrag (vgl. § 278 Anm. VI c) verstanden. Eine AG. liegt daher nicht vor, wenn einer oder mehrere Gesellschafter sich nur mit Arbeitsleistungen beteiligen (herrschende Meinung: dagegen Rudorff § 186 Abs. 3, CosackHR. § 117 III 2, Goldmann Nr. 10; zweifelnd bezüglich Einlegung einer eigenen Verpflichtung zur Herstellung eines Werks RG. 18 I 01 JW. 146[19]). Zulässig dagegen ist, daß die Aktionäre außer der Verpflichtung zu „Kapitaleinlagen" (§ 211 Anm. II) auch die Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen (welche auch Arbeitsleistungen sein können, § 212 Anm. I c) übernehmen (§ 212). Keine Einlage ist versprochen, wenn der Wert des Einzulegenden durch eine gleichzeitig seitens der Gesellschaft als Entgelt für die Einlegung übernommene Last gleichen Werts aufgewogen wird (RG. 21 154; die Möglichkeit des Vorhandenseins eines „Grundkapitals" im Sinn der Anm. II a wird hierdurch nicht ausgeschlossen).

IV. **Nichtvorhandensein einer persönlichen Haftung irgend eines Gesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.** Unter „persönlicher“ Haftung ist die Möglichkeit unmittelbarer Inanspruchnahme seitens der Gesellschaftsgläubiger zu verstehen. Bei der AG. ist eine solche unmittelbare Inanspruchnahme der Aktionäre ausgeschlossen. Nur die Gesellschaft kann den Aktionär in Anspruch nehmen. Auch soweit die Einlagen rückständig sind (OLG. Braunschweig 13 VI 85 ZHR. 37 549). Die Haftung ist aber ferner auch eine beschränkte, sie ist begrenzt durch den Betrag der Einlagen und (im Fall des § 212) der etwa zugesagten wiederkehrenden Leistungen. „Verbindlichkeiten der Gesellschaft“ vgl. § 128 Anm. III. — Nicht ausgeschlossen ist, daß eine persönliche Haftung aus einer Handlung des Aktionärs entsteht, z. B. aus der Annahme unzulässiger, seitens der Gesellschaft geleisteter Zahlungen (§ 217 Anm. II c).

§ 179.

Mitgliedscheine; Unteilbarkeit; Ausgabe vor Vollzahlung.

Die Aktien sind untheilbar.

Sie können auf den Inhaber oder auf Namen lauten.

Aktien, die vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder, falls der Ausgabepreis höher ist, vor der vollen Leistung dieses Betrags ausgegeben werden, dürfen nicht auf den Inhaber lauten. Das Gleiche gilt von Antheilscheinen, die den Aktionären vor der Ausgabe der Aktien ausgestellt werden (Interimsscheine).

Werden auf Namen lautende Aktien vor der vollen Leistung der Einzahlungen ausgegeben, so ist der Betrag der geleisteten Einzahlungen in den Urkunden anzugeben.

ADH. Art. 207 Abs. 3—5. **Entw. I** § 166. **Entw. II** § 177.

I. **„Aktie“ im HGB.** Das Wort „Aktie“ ist im HGB. unterschiedslos gebraucht an einzelnen Stellen für „Grundkapitalanteil“ (so z. B. § 178, § 179 Abs. 1, § 188, § 189 Abs. 1), an anderen Stellen für die „Urkunde, die — nicht als nur einstweilige — über die Beteiligung mit einem solchen Grundkapitalanteil ausgestellt wird“ (so z. B. § 179 Abs. 2—4, §§ 180, 181, 189 Abs. 2); an einzelnen Stellen endlich für „Anteilrecht des Aktionärs“, alle Rechte und Pflichten des Aktionärs einschließend (so z. B. §§ 180 Abs. 3, 222, 223 soweit von „Übertragung der Aktie“ die Rede ist, verglichen mit § 180 Abs. 4 „Übertragung der Rechte“ und § 212 Abs. 1, 3, § 220 Abs. 2 „Übertragung der Anteilrechte“).

In den nachstehenden Erläuterungen ist (dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entsprechend) das Wort „Aktie“ nur in der Bedeutung einer Urkunde gebraucht, und — soweit dies gegenüber der Fassung des Gesetzes durchführbar — möglichst „Grundkapitalanteil“ und „Anteilrecht“ auseinander gehalten. — Infolge des unterschiedslosen Gebrauchs des Wortes „Aktie“ im HGB. ist die Fassung zahlreicher Paragraphen eine ungenaue, insbesondere auch, weil oft mit Worten, die nur auf die Aktienurkunde Bezug haben können, Vorschriften gegeben sind, die nach dem Willen des Gesetzgebers entsprechend auch von den Grundkapitalanteilen oder sogar von den Anteilrechten gelten sollen (so z. B. in §§ 180, 222 Abs. 4, 290). Der unterschiedslose Gebrauch findet seine Erklärung — aber nicht seine Rechtfertigung — darin, daß die Aktie als Wertpapier angesehen wird (unten Anm. IV b). Wo „Aktie“ statt „Anteilrecht“ oder „Grundkapitalanteil“

steht, ist die betreffende Vorschrift anwendbar auch, wenn überhaupt keine Urkunden oder wenn Interimsscheine ausgegeben sind (Anm. II b, V); wo „Aktie" statt „Aktienurkunde" steht, ist im Einzelfall — soweit das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung enthält — zu prüfen, ob die Vorschrift auch auf Interimsscheine anwendbar ist.

II. **Anteilrecht.** Über Gattungsverschiedenheiten § 185 Anm. I.

a. **Begriff und Inhalt.** Unter „Anteilrecht" (§§ 200 Abs. 2, 212 Abs. 1, 3, 219 Abs. 1, 3, 220 Abs. 2, 287 Abs. 2) oder „Aktienrecht" (RG. 52 421) wird die Gesamtheit aller Rechte und Pflichten eines Gesellschafters (Aktionärs) verstanden. Kein derartiges Anteilrecht ist daher das Recht auf Teilnahme am Dividendenbezug ohne gleichzeitiges Stimmrecht und ohne Teilnahme an etwaigem Kapitalverlust (RG. **30** 17). In dem Anteilrecht liegt in der Regel auch der Anspruch auf Aushändigung einer Aktie gegen Einzahlung der Einlage oder eines bestimmten Einlagebruchteils (ROH. **19** 231). Indessen ist das Bestehen der AG. als solcher nicht bedingt durch das Vorhandensein von Aktienurkunden (RG. **34** 115). Einer Vereinbarung, wonach überhaupt keine Mitgliedscheine ausgegeben werden sollen, steht keine zwingende Vorschrift des Gesetzes entgegen (ebenso Gareis[7] 186 Anm. 4, Staub[8]-Pinner Anm. 12; dagegen Lehmann RdAG. **1** 198, Simon in Festgabe f. Wilke 261, Hahnloser Namenaktie 13, Kusenberg Aktienurkunde 17, anscheinend auch ROH. **19** 232; vgl. unten Anm. II b). Insbesondere genügt eine vor Übernahme des betreffenden Grundkapitalanteils getroffene Satzungsbestimmung (dagegen Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 12). Mangels solcher Satzungsbestimmung besteht aber ein — verzichtbares — Sonderrecht des Aktionärs auf Ausgabe des Mitgliedscheins (§ 183 Anm. II). Ein vorhandenes Recht auf Aushändigung von Aktienurkunden kann auch nach Ausbruch des Konkurses über die AG. geltend gemacht werden, jedenfalls dann, wenn Aktien schon vorher ausgefertigt waren oder noch ausgefertigt werden können (ROH. **19** 235, **20** 276). Wer Aushändigung von Aktienurkunden fordern kann, braucht sich nicht mit Aushändigung von Interimsscheinen zu begnügen (ROH. **20** 276, Bolze **1** Nr. 1188). Hat der einzelne Aktionär mit der Gesellschaft eine (wenn auch im einzelnen unzulässige) Vereinbarung getroffen, wonach die Gesellschaft über die ihm zukommenden Aktienurkunden anderweit verfügen soll, so kann er die Erfüllung seiner Pflichten nicht mehr von der Aushändigung der Urkunden abhängig machen (RG. 2 135).

b. **Unabhängigkeit vom Mitgliedschein.** Das Anteilrecht entsteht durch Übernahme des entsprechenden Grundkapitalanteils und Errichtung der AG. Ob das Anteilrecht verbrieft wird, ist mithin ohne Bedeutung für dessen Bestehen (RG. **49** 25, **52** 423). Es ist schon vorhanden vor Ausgabe einer darüber lautenden Urkunde (RG. **31** 22, **41** 14, RGSt. **31** 403). Es bleibt als solches unverändert, gleichgültig, ob keine Urkunden, ob Interimsscheine, ob Namenaktien oder ob Inhaberaktien ausgegeben sind (vgl. RG. 5 193, **36** 40, **40** 130). Es bleibt bestehen auch, wenn die ausgegebene Urkunde verloren gegangen und wenn sie für kraftlos erklärt ist (§§ 228, 290, RG. **36** 139). Sind keine Urkunden ausgegeben, so ist dadurch weder eine Veräußerung des Anteilrechts ausgeschlossen (RG. **34** 115, **41** 14, **52** 423, Lehmann ZHR. **51** 376; zweifelnd Simon in Festgabe f. Wilke 261 Anm. 10), noch kann deswegen dem Anteilberechtigten die Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung versagt werden (KGJ. **14** 32, RG. **34** 115, RGSt. **31** 403); als Aktionär hat er sich dann in der Regel nach den allgemeinen, für den Erweis des Erwerbs von Rechten maßgebenden Grundsätzen auszuweisen, also durch Vorlegung des Zeichnungsscheins und etwaiger späterer Übertragungsurkunden (KGJ. **14** 33); auch genügt seine (ein Anerkenntnis der AG. enthaltende) Eintragung im Aktienbuch der Gesellschaft, soweit gegen die Begründetheit der Eintragung nicht im Einzelfall besondere Bedenken vorliegen (RG. **34** 115 gegen KGJ. **14** 33). — Ist nicht ein nichtverbrieftes Anteilrecht veräußert, sondern Verschaffung angeblich vorhandener Aktienurkunden versprochen, so ist, wenn Ausfertigung von solchen nicht erfolgt ist und nicht in absehbarer Zeit bevorsteht, die Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung übernommen (RG. **52** 423).

c. **Übertragbarkeit.** Daß die Übertragung des Anteilrechts, nicht der Aktie, das Wesentliche ist, heben richtig § 212 Abs. 1 und § 219 Abs. 2 im Gegensatz zu der ungenauen

Fassung des § 180 Abs. 3 und des § 222 Abs. 2, 4 hervor. — Über Schuldverhältnisse, deren Gegenstand Anteilrechte sind, handelt Lehmann ZHR. 51 373 ff.

1. Regel: freie Übertragbarkeit. Das Anteilrecht des Gesellschafters ist bei der AG. als Regel frei übertragbar. Dies gilt auch von den durch Namenmitgliedscheine verbrieften Anteilrechten, soweit die Satzung nichts Gegenteiliges bestimmt (§ 222 Abs. 2). Ebenso von nichtverbrieften Anteilrechten (Goldmann Nr. 13, Staub[8]-Pinner Anm. 11; dagegen Ring Nr. 3, § 223 Nr. 5); der § 223 ist auf solche Anteilrechte nicht anwendbar (§ 223 Anm. I c). Über die Wirkung einer Übertragung vor Eintragung der AG. bestimmt § 200 Abs. 2. — Die Übertragung mittels eines auf Einzelnachfolge zielenden Rechtsgeschäfts ist unter gewissen Voraussetzungen beschränkbar (unten zu 2). Dagegen ist unbeschränkbar durch Satzung der Übergang von Todeswegen. Ebenso wohl auch eine andersartige Gesamtnachfolge (Staub[8]-Pinner § 222 Anm. 15). — Soweit der Übergang von Anteilrechten auf andere Personen nicht beschränkbar ist, kann, wenn nicht Inhaberaktien ausgegeben sind, ein ähnlicher Erfolg dadurch erreicht werden, daß der Gesellschaft in der Satzung für bestimmte Fälle eines Übergangs das Recht zum Wiedererwerb des Anteilrechts zu bestimmtem Preis eingeräumt wird. Will die Gesellschaft ein ihr so eingeräumtes Recht ausüben, so muß dies unverzüglich geschehen, nachdem der Übergang zu ihrer Kenntnis gekommen ist (RG. 11 VI 02 HoldheimsMSchr. 268).

2. Ausnahme: beschränkte Übertragbarkeit unter Lebenden.

α. Veräußerung. Wird ein Namenpapier (oder keine Urkunde) ausgestellt, so darf (§ 222 Abs. 2) in der Satzung (§ 182 Anm. I) die Übertragbarkeit eingeschränkt werden. Insbesondere kann bestimmt werden, daß die Übertragung des Anteilrechts an die Zustimmung (BGB. § 182; Änderung der Reichstagskommission statt „Einwilligung") der Gesellschaft geknüpft sein soll (§ 180 Abs. 3). Dies wiederum kann in der Satzung dahin eingeschränkt werden, daß die Gesellschaft nur aus wichtigen Gründen die Zustimmung zur Übertragung des Anteilrechts verweigern darf (§ 222 Abs. 2; Einzelfall der Anwendung in § 212 Abs. 3; ebenso Staub[8]-Pinner § 222 Anm. 3; dagegen wohl CosackHR. § 117 II 2a). Eine Satzungsänderung, wodurch die Übertragbarkeit in höherem Maße als vorher beschränkt wird, kann nur mit Zustimmung der betroffenen Aktionäre beschlossen werden (BGB. § 35), da die Übertragbarkeit des Anteilrechts in dem bei Erwerb desselben vorhandenen Maß ein Sonderrecht des Aktionärs ist (§ 250 Anm. II c 3). — Über die im Verhältnis des Übertragers zum Erwerber eintretende Wirkung einer Übertragung des in seiner Übertragbarkeit beschränkten Anteilrechts ohne hinzukommende Zustimmung der Gesellschaft vgl. § 222 Anm. V a.

β. Verpfändung. Das Reichsgericht (RG. 37 141) nahm nach früherem Recht an, daß, falls die Veräußerung an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft ist, dennoch eine Verpfändung auch ohne jene Zustimmung möglich sei. Dem ist jedoch nach jetzigem Recht nicht zuzustimmen (BGB. § 1274 Abs. 2, Staub[8]-Pinner § 222 Anm. 3, 11, Ring § 222 Nr. 4, Wolff in Festg. f. Wilke 340, Goldmann § 222 Nr. 17). Mithin ist auch ein Zwangsverkauf ohne Zustimmung der Gesellschaft unzulässig (Wolff a. a. O. 340). Über die möglichen Formen der Verpfändung eines durch Namenpapier verbrieften Anteilrechts vgl. § 222 Anm. IV a 2.

γ. Zustimmende Gesellschaftsbehörde. Abgesehen von der im § 222 Abs. 4 enthaltenen Bestimmung für Kleinaktien entscheidet die Satzung in erster Reihe (BGB. § 25) darüber, durch welche Gesellschaftsbehörde die Zustimmung erteilt wird, und ob, falls der Vorstand oder Aufsichtsrat hierzu berufen ist, dessen Bescheid ein endgiltiger ist, oder Berufung an die Generalversammlung stattfindet (D. 132). Ob zu einem etwa erforderlichen Generalversammlungsbeschluß noch die Mitteilung dieses Beschlusses seitens des Vorstands an den Aktionär hinzukommen muß, vgl. § 250 Anm. IV c 2, § 222 Anm. V b 1. Mangels einer Satzungsbestimmung hat — abgesehen von der erwähnten Sonderbestimmung für Kleinaktien — nach außen der Vorstand namens der Gesellschaft die Zustimmung zu erteilen (§ 231 Abs. 1; ebenso

Staub[8]-Pinner § 222 Anm. 3; dagegen Behrend § 119 Anm. 10), im inneren Verhältnis hat der Vorstand einer etwa abweichenden Weisung der Generalversammlung Folge zu leisten (BGB. § 32).

δ. Sonderbestimmungen für derartig beschränkt übertragbare Anteilrechte enthalten § 180 Abs. 3 (Mindestbetrag der Grundkapitalanteile), § 212 Abs. 1 (wiederkehrende Leistungen des Aktionärs), § 219 Abs. 2 (Verlustigkeitserklärung), § 222 Abs. 3 (Form der Übertragung, wenn Grundkapitalanteil unter 1000 Mk.). — Der Art. 215 Abs. 7 ADH. schrieb vor: „Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, inhalts deren die Übertragung von Aktien, welche in Gemäßheit des Art. 207a Abs. 3 auf einen geringeren Betrag als 1000 Mk. gestellt sind, an die Einwilligung der Gesellschaft gebunden ist, kann nicht abgeändert werden." Diese Bestimmung ist im HGB. weggefallen; nach D. 154 „als selbstverständlich". Die Bestimmung in dieser Allgemeinheit ist indessen keineswegs selbstverständlich; vielmehr ist eine hierauf bezügliche Änderung der Satzung nunmehr für zulässig zu erachten, falls auch die übrigen Bestimmungen der Satzung derartige sind oder dahin geändert werden, daß sie ohne Bindung der Übertragung des Anteilrechts an die Zustimmung der Gesellschaft zulässig bleiben.

III. **Grundkapitalanteil.**

a. **Begriff.** Der Grundkapitalanteil ist ein Bruchteil des Grundkapitals (§ 178 Anm. II a). Ob, solange keine Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals erfolgt, ein fester Bruchteil, ist streitig. Zutreffend erscheint die Verneinung dieser Frage im Gegensatz zur herrschenden Meinung; die Verminderung der Zahl der Grundkapitalanteile durch Einziehung oder Austritt ohne gleichzeitige Änderung der Höhe des Grundkapitals ist für zulässig zu erachten (§ 227 Anm. I c 2, § 250 Anm. II c 1); ebenso die Herabsetzung des Grundkapitals ohne Einziehung, Zusammenlegung oder Änderung des Nennbetrags von Grundkapitalanteilen (§ 278 Anm. II c); einzelne Beitrittserklärungen können sich noch nach Eintragung der AG. als nichtig ergeben (§ 309 Anm. III b 2), z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Beitretenden (§ 182 Anm. II d 2); unzulässig ist nur die Schaffung neuer Grundkapitalanteile auf anderem Weg als durch Grundkapitalserhöhung (§ 219 Anm. IV d). Daher ist das Grundkapital nicht notwendig dauernd gleich der Summe aller Nennbeträge der jeweils vorhandenen Grundkapitalanteile (dagegen RG. 2 II 06 JW. 182[31]). Der Grundkapitalanteil ist daher derjenige Bruchteil des Grundkapitals, der dargestellt wird durch einen Bruch, in welchem der Nennbetrag des Grundkapitals als solcher garnicht vorkommt, dessen Zähler vielmehr von dem Nennbetrag des betreffenden Grundkapitalanteils gebildet wird und dessen Nenner die Zahl aller jeweilig vorhandenen Grundkapitalanteile multipliziert mit deren Nennbeträgen ist (Beispiel in § 227 Anm. I c 2). — Auch der Grundkapitalanteil wird im Gesetz als „Aktie" bezeichnet (§ 178 Anm. II b, § 179 Anm. I). Jedoch auch als „Anteil" (§ 271 Abs. 3 Satz 2). In § 282 Abs. 1 bezeichnet „Anteil an dem Grundkapital" nicht den einzelnen festen Bruchteil des Grundkapitals, sondern die Summe aller Grundkapitalanteile eines einzelnen Aktionärs. In § 196 Abs. 4 Satz 1, § 264 Abs. 1, § 266 Abs. 1, § 268 Abs. 1, § 295 Abs. 2, § 323 Abs. 3, § 324, § 332 Abs. 3 ist nicht erkennbar, welche der letzteren beiden Bedeutungen „Anteil" hat. — Nicht der Betrag des Grundkapitalanteils, sondern nur der Betrag der auf den Ausgabebetrag geleisteten Einlage entspricht dem Guthaben auf Kapitalkonto (= Kapitalanteil) des offenen Handelsgesellschafters (§ 120 Anm. II; ungenau daher die Fassung des § 329 Abs. 1). In manchen Beziehungen richtet sich jedoch der Umfang der Mitberechtigung des Aktionärs bei Ausübung seines Anteilrechts auch schon vor erfolgter Vollzahlung nach dem vollen (Nenn-) Betrag des Grundkapitalanteils (vgl. §§ 214 Abs. 2, 252 Abs. 1, 300 Abs. 3), in manchen allerdings nur nach dem Betrag der geleisteten Einlagen (§§ 214 Abs. 2, 245 Abs. 1, 300 Abs. 3).

b. **Unteilbarkeit.** (§ 179 Abs. 1). Die Regel der Unteilbarkeit ist beschränkend dahin auszulegen, daß sie nur im Verhältnis des Aktionärs zur Gesellschaft gelten soll (vgl. allerdings GmbHG. § 17). Ein Aktionär kann hiernach seinen Grundkapitalanteil teilen und im inneren Verhältnis mehrere Personen daran beteiligen; nur im Verhältnis zur Gesellschaft bleibt dies ohne Wirkung; es tritt dann ein ähnliches Rechtsverhältnis ein wie bei

einer Abtretung einseitig nicht übertragbarer Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis seitens des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft (§ 105 Anm. I f 2). Aber auch im Verhältnis der Gesellschaft zum Aktionär sind die Grundkapitalanteile nicht unbedingt unteilbar. Vielmehr ist eine willkürliche weitere Teilung zulässig im Weg der Satzungsänderung (§ 182 Abs. 2 Nr. 3, §§ 274 ff.; P. 309, 1034; ebenso OLG Hamburg 21 II 02 OLGRspr. 4 253, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 8, auch Staub[8]-Pinner Anm. 1, der jedoch irrig hierin eine Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals erblickt; dagegen Staub[7] Anm. 1), wenn die geteilten Grundkapitalanteile den für Grundkapitalanteile („Aktien") gegebenen Vorschriften noch genügen. Der § 225 ferner setzt voraus die Zulässigkeit einer „Mitberechtigung mehrerer an einer Aktie"; doch ist dies auf den Fall zu beschränken, daß die Mitberechtigung ohne Zutun der neu Berechtigten entsteht (§ 225 Anm. I; dagegen Staub[8]-Pinner § 225 Anm. 1, Ring § 225 Nr. 1, Hahnloser 17, Kuisenberg 29); denn wollte man auf Grund freiwilliger Veräußerung seitens des Aktionärs einen freiwilligen Erwerb des Anteilrechts durch mehrere Mitberechtigte mit Wirkung gegen die AG. zulassen, so bliebe für den § 179 Abs. 1 kein Inhalt (außer vielleicht in Ansehung der Aktienurkunden), und die Vorschrift des § 180 wäre leicht umgehbar.

IV. Aktienurkunde.

a. Begriff.

1. Allgemeines. Eine Aktie liegt nur vor, wenn in der Urkunde das Anteilrecht des Mitglieds einer AG. (Aktionärs) verbrieft ist. Voraussetzung für Ausstellung eines giltigen Mitgliedscheins (unten zu 2) ist das Vorhandensein eines entsprechenden Anteilrechts (RG. 49 25). Die Verbriefung umfaßt das Recht auf Gewinnanteile jedenfalls dann, wenn keine besonderen Gewinnanteilscheine ausgegeben sind (RG. 42 157). Inwieweit Abweichendes gilt, wenn Gewinnanteilscheine ausgegeben sind, vgl. § 213 Anm. II c 4. — Über Erneuerungsscheine vgl. § 230 Anm. I. — Auch die Vorrechtsaktie, da sie gleichfalls ein Anteilrecht verbrieft, ist keine Schuldurkunde (RG. 21 26). — Ob Verbriefung des Anteilrechts notwendig, vgl. oben Anm. II a.
2. Abgrenzung vom Interimsschein. Die Aktie ist die über das Anteilrecht (oben Anm. II) ausgestellte endgültige Urkunde, im Gegensatz zu dem Interimsschein (unten Anm. V), der über das Anteilrecht ausgestellten vorläufigen Urkunde (RG. 49 24). Beide Arten von Urkunden kann man unter der Bezeichnung „Mitgliedschein" zusammenfassen. Oder auch unter dem in § 179 Abs. 3 gebrauchten Wort „Anteilschein" = „das Anteilrecht (Mitgliedrecht) verbriefender Schein"; das Wort „Anteilschein" empfiehlt sich indessen weniger, weil eine Verwechselung mit dem „Gewinnanteilschein" nahe liegt, der kein „Anteilschein" in jenem Sinn ist.
3. Genußschein. Mit dem Ausdruck „Genußschein" ist kein feststehender Begriff verbunden (RG. 49 13). Die Bezeichnung einer Urkunde als Genußschein hindert nicht, sie im Einzelfall als Aktie aufzufassen. In der Regel jedoch verbriefen die als „Genußschein" bezeichneten Urkunden kein Anteilrecht (gegenteilig Klemperer Genußscheine § 9 bezüglich der an Stelle eingezogener „Aktien" ausgegebenen Genußscheine), und dann sind sie nicht Aktien. Entscheidend erscheint, ob nach dem Parteiwillen der Genußberechtigte Stimmrecht haben sollte. Keine Aktie ist daher ein Genußschein, durch den ein Recht auf Teilnahme am Gewinn und bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens nach Auflösung, ohne Teilnahme an etwaigem Kapitalsverlust und ohne Stimmrecht verbrieft ist (RG. 30 17, 49 14, RG. 20 IV 93 JW. 310[18]; dahingestellt, wenn auch Stimmrecht gewährt, RG. 30 18). Ebensowenig, wenn ohne Stimmrecht eine Teilnahme an etwaigem Kapitalsverlust vorgeschrieben, z. B. in der Weise, daß Rückzahlung des Nennbetrags des Genußscheins nach Auslosung stattfindet, die bei Auflösung der Gesellschaft nicht ausgelosten Scheine aber erst nach Rückzahlung des Nennbetrags auf die Aktien zur Hebung gelangen (RG. 21 IV 02 EntschFG. 3 86). Auch nicht ein Genußschein, der an den bisherigen Berechtigten eingezogener Anteilrechte ausgegeben ist, auf Grund dessen daher keine Kapitalsforderung mehr erhoben werden kann (RG. 30 18, OLG. Dresden 25 V 97 HoldheimsMSchr. 279). Auch nicht eine Urkunde, die einen Anspruch gegenüber der AG. auf einmaligen Bezug eines noch

auszumittelnden Geldbetrags verbrieft (RG. 37 122). Zulässig ist die Ausstellung eines solchen Genußscheins an einen Darlehnsgläubiger, und zwar auch so, daß die Rechte aus dem Genußschein selbständig, ohne die sonstigen Rechte aus der Darlehnshingabe, abtretbar sind (RG. 49 15). Ist ein bestimmter Bruchteil des Reingewinns zugesichert, so ist der Bruchteil vom vollen Reingewinn zu berechnen, auch wenn später das Grundkapital erhöht ist (RG. 49 15). Haben die Genußscheinberechtigten einen Anspruch auf Anteil am Reingewinn, und macht die AG. Aufwendungen behufs Erwerbs (§ 226 Anm. I d) eines Teils der Genußscheine, so haben die bezüglich der nichteingelösten Genußscheine Berechtigten, wenn ihnen jene Aufwendungen in Rechnung gestellt werden, andererseits Anspruch auf Beteiligung an den durch jene Einlösung ersparten Gewinnauszahlungen an die bezüglich der eingelösten Genußscheine Berechtigten (RG. 31 V 02 HoldheimsMSchr. 259). Wer durch Genußschein einen Anspruch auf einen Anteil am Gesellschaftsvermögen bei Auseinandersetzung und auf einen Gewinnanteil während bestehender Gesellschaft erhält, ist zwar nicht stiller Gesellschafter der AG., aber einem solchen ähnlich (OLG. Hamburg 1 II 04 HoldheimsMSchr. 170). — Über Verbriefung von Nachbezugsrechten vgl. § 185 Anm. II a. — Ob in Ansehung eines an Stelle eines eingezogenen Anteilrechts ausgegebenen Genußschein ein Stimmrecht in der Generalversammlung gewährt werden darf, vgl. § 252 Anm. III a. Tatfrage ist, ob im Einzelfall Einziehung von Anteilrechten oder Rückzahlung aus Gesellschaftsvermögen ohne Einziehung vorliegt. Ob ohne Einziehung und ohne Herabsetzung solche Rückzahlungen, wenn in der Satzung zugelassen, erfolgen dürfen, vgl. § 186 Anm. I a 4.

b. Ist die Aktie ein Wertpapier?

Das BGB. und das HGB. enthalten keine Begriffsbestimmung von „Wertpapier"; nur ist in BGB. § 1296 (wie aus der Vergleichung mit BGB. § 1293 hervorgeht) vorausgesetzt, daß auch ein Orderpapier Wertpapier sein kann. Nach Brunner (Endemanns Handbuch 147) ist Wertpapier „eine Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist". Nach D. 10 soll die Aktie als Wertpapier im Sinn des HGB. gelten (vgl. § 1 Anm. IX e). Im Aufbewahrungsgesetz 5 VII 96 ist die Aktie als „Wertpapier" bezeichnet. Auch die Rechtsprechung hält daran fest, die Aktie sei nicht eine bloße Beweisurkunde, sondern ein Wertpapier, Trägerin des Aktienrechts (ROH. 19 233, RG. 22 129, 31 31, 37 115) in dem Sinn, wie dies von Urkunden über Nichtlitteralobligationen überhaupt gesagt werden könne (RG. 36 39); das Anteilrecht sei in Betreff seiner Ausübbarkeit und Übertragbarkeit an die Aktie gebunden und in ihr verkörpert (ROH. 19 232, RG. 15 101, 21 157, 36 159; vgl. jedoch oben Anm. II b). So selbst bei derjenigen Namenaktie, deren Übertragung an die Genehmigung der Gesellschaft gebunden ist (RG. 36 39; vgl. jedoch RG. 16 87).

Der Ausspruch, daß das Anteilrecht in betreff seiner Ausübbarkeit und Übertragbarkeit an die Aktie gebunden sei, ist jedoch nur bei Anwendung auf Inhaberaktien für in vollem Maß zutreffend anzuerkennen. Denn mit sachenrechtlicher Übertragung der Inhaberaktie geht auch das durch sie verbriefte Anteilrecht über. Gerade in diesem entscheidenden Punkt gilt aber für die Namenaktie nach richtiger Ansicht das Umgekehrte: die Namenaktie ist demjenigen herauszugeben, welchem das durch sie verbriefte Anteilrecht (auch ohne Übergabe der Aktie) abgetreten worden ist (§ 222 Anm. IV a 1). Soll trotzdem die Namenaktie ein „Wertpapier" sein, so ist daher die Übertragbarkeit nach sachenrechtlichen Grundsätzen keine notwendige Eigenschaft aller Wertpapiere, und überhaupt entfällt die Möglichkeit, den Begriff der Wertpapiere in anderer Weise als unter Bezugnahme auf die Verkehrsanschauung zu bestimmen.

Auch in der Denkschrift zum HGB. ist kein bestimmter Begriff der Wertpapiere festgehalten, denn nach D. 10 sind z. B. auch Schecks Wertpapiere, in D. 227 wird die für „Wertpapiere" gegebene Vorschrift des § 381 HGB. als anwendbar auf diejenigen Papiere erklärt, „bei denen der Erwerb des Rechtes aus dem Papiere den sachenrechtlichen Grundsätzen über den Erwerb des Rechtes an dem Papiere folgt", und dies ist doch z. B. bei Schecks (und auch bei Namenaktien, § 222 Anm. IV a 1) nicht der Fall. D. 138

endlich setzt wieder einen anderen Begriff von „Wertpapiere" voraus, indem es dort heißt: „... nicht bloß für Inhaberaktien, sondern auch für Namensaktien, einschließlich derjenigen, welche nicht durch Indossament übertragen werden können; denn auch die letzteren Urkunden sind Wertpapiere, deren Besitz zur ungehinderten Geltendmachung des Aktienrechts notwendig ist" (die in den letzteren Worten liegende Begriffsbestimmung paßt auch auf jede Abtretungsurkunde, BGB. § 410).

Über die Bestrafung der Fälschung von Aktien, Interimsscheinen, Zins-, Gewinnanteils- oder Erneuerungsscheinen, des Inverkehrbringens derartiger gefälschter oder verfälschter Urkunden und über die Bestrafung gewisser vorbereitender Handlungen vgl. StGB. §§ 149, 151.

Ob das share certificate des englischen Rechts Wertpapier oder Beweisurkunde, ist streitig (für ersteres RG. **36** 159 bei südafrikanischen, **37** 115 bei kanadischen Urkunden; für letzteres Lehmann RdAG. 2 91 und in ZHR. **50** 271, Schuster in Festgabe f. Richard Koch 327).

c. **Inhaberaktie und Namenaktie.** In der Satzung kann bestimmt werden, ob Namenaktien oder Inhaberaktien ausgegeben werden sollen. Ist dort nichts bestimmt, so sind die Aktien als Namenaktien auszustellen (§ 183 Abs. 1). Auch kann in der Satzung bestimmt werden, daß auf Verlangen eines Aktionärs die Umwandlung seiner auf Namen lautenden Aktie in eine Inhaberaktie oder umgekehrt stattzufinden hat (§ 183 Abs. 2). Der Unterschied wirkt in erster Reihe nur auf die Art, wie gegenüber der Gesellschaft die Berechtigung zur Ausübung des Anteilrechts nachzuweisen ist, in zweiter Reihe (vgl. §§ 222, 223) auf die Art der Übertragung dieses Anteilrechts. Das HGB., welches die Namenaktien bevorzugt, knüpft aber an jenen Unterschied noch die weiteren Unterscheidungen, daß bei Namenaktien die Ausgabe vor Vollzahlung zulässig ist (§ 179 Abs. 3), und daß unter gewissen Bedingungen Namenaktien unter 1000 Mk. ausgegeben werden dürfen (§ 180 Abs. 1, 2), während bei Inhaberaktien beides nicht geschehen darf. — Über die Übertragung und die Führung des Berechtigungsnachweises bei Inhaberaktien vgl. § 222 Anm. I. Ein Inhaberpapier wird nicht schon dadurch zum Namenpapier, daß es in einem Buch des Schuldners für einen benannten Gläubiger eingeschrieben und dieser Vorgang vom Schuldner auf der Urkunde bezeugt wird (RG. **40** 134; vgl. jedoch auch BGB. § 806).

d. **Eine Aktie über mehrere Anteilrechte.** Soweit nicht Vorschriften des Gesetzes entgegenstehen, kann die Urkunde, welche Anteilrechte verbrieft, in beliebiger Weise ausgestellt werden. Deshalb ist auch für zulässig zu erachten (ebenso Kusenberg Aktienurkunde 17, Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 17, Staub[8]-Pinner Anm. 10; dagegen Staub[7] Anm. 11, vgl. auch ROH. **19** 232), daß über mehrere Anteilrechte eine Aktie ausgestellt wird. So ist eine Aktie ein über mehrere Anteilrechte ausgestellter (dänischer) „Aktienbrief" (RG. 42 42). Ebenso ein über mehrere Anteilrechte ausgestelltes certificate of shares (RG. **36 159, 37** 115), falls (hierüber oben zu b) nicht etwa auch das nur über ein Anteilrecht ausgestellte certificate nur Beweisurkunde ist. — Auch die Ausstellung eines Interimsscheins über mehrere Anteilrechte ist zulässig (RG. 22 118).

V. **Interimsschein.** Ein Interimsschein ist, ebenso wie eine Aktie (Anm. IV a), eine Urkunde, die das Anteilrecht eines Aktionärs verbrieft (RG. **22** 119, **30** 18, **49** 23; vgl. **33** 16). Eine Urkunde, die nicht das Anteilrecht verbrieft, ist kein Interimsschein, auch wenn sie sich als solchen bezeichnet. In der Regel verbrieft der Interimsschein auch ein unbedingtes Recht auf Aushändigung der Aktie gegen Einzahlung der Einlage oder eines bestimmten Einlagebruchteils (RG. **30** 18); ein solches Recht ist jedoch nur Teil des Anteilrechts und besteht daher nicht wenn ausnahmsweise das betreffende Anteilrecht keinen Anspruch auf Aushändigung einer Aktienurkunde gibt. Wer Aushändigung von Aktienurkunden fordern kann, braucht sich nicht mit Aushändigung von Interimsscheinen zu begnügen (oben Anm. II a). Urkunden, durch welche der Bezug von Aktien zugesichert wird, ohne daß der Inhaber als Mitglied der Gesellschaft gelten soll, sind keine Interimsscheine (D. 120, RG. **49** 24). Ein Interimsschein ist auch nicht jede Urkunde, die bei einem bedingten oder betagten oder aus irgend einem anderen Grund nicht sofort zu verwirklichenden Aktienbezugsrecht desjenigen, zu dessen Gunsten sie ausgestellt ist, als Nachweis des vollständigen oder teilweisen Eintritts einer der Voraussetzungen jenes Bezugsrechts zu dienen bestimmt ist; insbesondere nicht die (vor oder nach Gesellschaftserrichtung

ausgestellte) Quittung über Leistung der Einlage (RG. 22 118, 49 24, RGSt. 8 35, 17 432, KB. 2), selbst wenn mit der Quittung die Mitteilung verbunden ist, der Adressat sei im Aktienbuch als Zeichner und Inhaber einer bestimmten, nach der Nummer benannten Aktie eingetragen (RG. 31 31). Interimsscheine sind jedoch die im Verkehr üblichen „Quittungsbogen", in denen nicht nur der Empfang der Zahlung bescheinigt, sondern gleichzeitig auch das Anteilrecht verbrieft wird (RGSt. 17 432). Über die Unterscheidung des Interimsscheins von der Aktie vgl. oben Anm. IV a 2. Beide Urkunden verbriefen das Anteilrecht (Anm. II b). Der Interimsschein ist ein Wertpapier (RG. 31 31, 36 38), jedoch nur in gleichem Sinn wie die Namenaktie (oben Anm. IV b). Ein Interimsschein kann über mehrere Anteilrechte lauten (RG. 22 118; oben Anm. IV d). Der Interimsschein darf nicht auf Inhaber, sondern muß auf Namen lauten (§ 179 Abs. 3 Satz 2); Interimsscheine auf Inhaber sind nichtig (§ 209 Abs. 2).

VI. **Ausgabe von Aktien vor Vollzahlung.**

a. **Allgemeines.** Der Aktionär hat die vereinbarte Einlage (§ 211) zu leisten. Nach früherem Recht (ADH. Art. 215 c Abs. 3) war die Ausgabe von Aktien vor Vollzahlung (= voller Leistung der Einlage) allgemein untersagt. Dies ist jetzt dahin geändert (§ 179 Abs. 3, 4), daß nur die Ausgabe von Inhaberaktien vor Vollzahlung untersagt, dagegen die Ausgabe von Namenaktien vor Vollzahlung gestattet ist, wenn in der Aktie der Betrag der geleisteten Einzahlungen (d. h. der auf das betreffende Anteilrecht geleisteten Einzahlung) angegeben wird. Die Ausgabe der einzelnen Aktie ist statthaft nicht erst nach Vollzahlung aller Einlagen, sondern schon sobald die für den betreffenden Grundkapitalanteil versprochene Einlage voll eingezahlt ist (KB. 35). Aktien, die unter Verletzung dieser Vorschriften ausgegeben werden, sind nicht nichtig (M. 221, RG. 40 148; dagegen Esser Anm. 4); die wissentliche Übertretung des Verbots ist aber mit Strafe bedroht (§ 314 Nr. 2). [Abweichend bei Ausgabe von Aktien vor Eintragung der Gesellschaft oder eines Erhöhungsbeschlusses (§§ 200 Abs. 2, 209 Abs. 2, 287 Abs. 1)]. Über die Haftung der für die Ausgabe verantwortlichen Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats vgl. § 241 Abs. 3 Nr. 4, § 249 Abs. 3. — Der § 179 Abs. 4 ist nicht auf Interimsscheine entsprechend anwendbar (Staub[8]-Pinner Anm. 5, Ring Nr. 7, Goldmann Nr. 26; dagegen früher Pinner Anm. II 3 k).

b. **Aktien in Anrechnung auf Nichtbareinlage insbesondere.** Der § 179 Abs. 4 trifft nach seiner Fassung unmittelbar nur den Fall, daß die Aktien gegen Bareinlage (§ 195 Anm. III) ausgegeben werden (§ 218 Anm. I; dagegen Rehm § 116 S. 379 Anm. 3), soll aber wohl nicht ausschließen, daß auch für eine Nichtbareinlage (§ 186 Anm. II a) Aktien vor Vollleistung ausgegeben werden, ist aber dann (vgl. § 300 Anm. III b; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 3) auf letzteren Fall entsprechend anwendbar. Auch an einigen anderen Stellen des HGB. ist „Einzahlung" auf den Fall der Nichtbareinlage entsprechend anzuwenden (§ 217 Anm. I a 1, § 278 Anm. VI a, § 300 Anm. III b, § 311 Anm. VI), an anderen Stellen allerdings nicht (§ 195 Anm. IV a 1, § 218 Anm. I b).

§ 180.

Mindestnennbetrag.

Die Aktien müssen auf einen Betrag von mindestens eintausend Mark gestellt werden.

Für ein gemeinnütziges Unternehmen kann im Falle eines besonderen örtlichen Bedürfnisses der Bundesrath die Ausgabe von Aktien, die auf Namen lauten, zu einem geringeren, jedoch mindestens zweihundert Mark erreichenden Betrage zulassen. Die gleiche Genehmigung kann ertheilt werden, wenn für ein Unternehmen das Reich, ein Bundesstaat oder ein Kommunalverband oder eine sonstige öffentliche Körperschaft auf die Aktien einen bestimmten Ertrag bedingungslos und ohne Zeitbeschränkung gewährleistet hat.

Auf Namen lautende Aktien, deren Uebertragung an die Zustimmung der

Gesellschaft gebunden ist, dürfen auf einen Betrag von weniger als eintausend, jedoch nicht von weniger als zweihundert Mark gestellt werden.

Im Falle des Abs. 2 soll die ertheilte Genehmigung, im Falle des Abs. 3 sollen die Beschränkungen, denen nach § 222 Abs. 4 die Aktionäre in Ansehung der Uebertragung ihrer Rechte unterliegen, in den Aktien ersichtlich gemacht werden.

Diese Vorschriften gelten auch für Interimsscheine.

ADH. Art. 207a, 215c Abs. 4. **Entw. I** § 167. **Entw. II** § 178.

I. Regel: Grundkapitalanteil von mindestens 1000 Mk. Nennbetrag.

a. **Mindestnennbetrag.** Das Grundkapital (§ 178 Abs. 2) darf nur so weit zerlegt werden, daß jeder Anteil (§ 179 Anm. III) mindestens 1000 Mk. beträgt (vgl. KB. 5). Entsprechend (diese Folgerung ist in § 180 Abs. 1 ausgesprochen) muß die Aktie (oder der Interimsschein, § 180 Abs. 5) auf einen Nennbetrag von mindestens 1000 Mk. lauten. Dieser hohe Mindestnennbetrag (vgl. D. 120) ist erst durch G. v. 1884 eingeführt; im Hinblick auf den Wettbewerb mit ausländischen nicht derartig beschränkten Gesellschaften im Ausland ist seine Zweckmäßigkeit zweifelhaft. Nicht vorgeschrieben ist, daß das Grundkapital nur in gleiche Teile zerlegt werden dürfe; infolgedessen kann auch der Nennbetrag der einzelnen Aktien ein verschiedener sein. — Nicht notwendig ist, daß der Nennbetrag auf deutsche Währung lautet: auch die Angabe in fremder Währung ist zulässig, solange nur der Kurswert des so angegebenen Betrages mindestens 1000 Mk. ergibt (Simon § 55; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 15). Maßgebend ist der Kurs zur Zeit der Bewirkung der entscheidenden Eintragungen, also bei Eintragung der AG. bzw. bei Eintragung sowohl des Erhöhungsbeschlusses wie auch (vgl. § 287 Anm. III) des Erfolgtseins der Erhöhung. — Die wissentliche Ausgabe von Kleinaktien oder -interimsscheinen (d. h. solchen unter 1000 Mk.) in anderen als den nachstehenden Ausnahmefällen ist mit Strafe bedroht (§ 314 Nr. 4).

b. **Verhältnis des Nennbetrags zur Einlage.** Der Nennbetrag der Aktie ist ursprünglich und in der Regel (vgl. § 179 Anm. IIIa) auch später gleichbedeutend mit dem von dem betreffenden Aktionär übernommenen Grundkapitalanteil. Da das Grundkapital nicht mit dem wirklich eingelegten Kapital übereinzustimmen braucht, so braucht auch der Nennbetrag der einzelnen Aktie nicht mit der wirklichen Einlage des betreffenden Aktionärs übereinzustimmen: der Nennbetrag soll nicht höher sein als die Einlage (§§ 184 Abs. 1, 186, 191), er darf jedoch geringer sein (§§ 184 Abs. 2, 211).

II. Ausnahme: Grundkapitalanteil unter 1000 Mk. Nennwert.

a. **Beschluß des Bundesrats.** Der Bundesrat kann die Zerlegung des Grundkapitals in Teile bis 200 Mk. hinab unter der Bedingung der Ausgabe von Namenaktien in zwei Fällen gestatten:

1. Gemeinnützigkeit. Der Bundesrat darf Kleinanteile gestatten für ein gemeinnütziges Unternehmen bei besonderem örtlichen Bedürfnis. Als gemeinnützig gilt ein Unternehmen, das weiten Bevölkerungskreisen zugut kommt, z. B. die Anlegung von Kleinbahnen, Kanälen, Straßen und sonstigen Verkehrswegen, Herstellung von Gas-, Wasser-, Bade-, Waschanstalten (M. 66), nicht z. B. ein Kriegerverein, ein Kasino (KB. 57). Auch Kornhäuser wurden als Beispiel genannt (StenB. 83). Ein „örtliches Bedürfnis" liegt nicht nur dann vor, wenn das Bedürfnis sich auf einen einzigen Ort oder Gemeindebezirk beschränkt (M. 67), sondern auch wenn es innerhalb eines größeren, wenn nur räumlich beschränkten Umkreises vorliegt (StenB. 83). Über nachträgliche Änderung des Gegenstands des Unternehmens vgl. § 275 Anm. IId.
2. Ertragsgewähr. Der Bundesrat darf Kleinanteile ferner gestatten für ein Unternehmen, auf dessen Grundkapitalanteile das Reich, ein (deutscher) Bundesstaat, ein (deutscher) Kommunalverband oder eine sonstige (deutsche) öffentliche Körperschaft einen bestimmten Betrag bedingungslos und ohne Zeitbeschränkung gewährleistet hat. Der Bundesrat hat hier namentlich auch zu prüfen, ob die gewährleistende Körperschaft in sich eine genügende Gewähr für die Erfüllung des Versprechens bietet, und die Kapitalsanlage

gesichert erscheint (M. 67). Unerheblich ist, ob übernommen ist, etwaige Zahlungen auf Grund der Gewährleistung unmittelbar an die Aktionäre, oder — wie in der Regel — an die Gesellschaft für die Aktionäre zu leisten (§ 215 Anm. IV). Welche Körperschaften als „öffentliche" anzusehen, ist nach Landesrecht zu entscheiden (KB. 5). Eine Gewährleistung „ohne Zeitbeschränkung" liegt auch in einer Gewährleistung für die in der Satzung als Dauer der Gesellschaft bestimmte Zeit (Rudorff zu § 180, Staub[8]-Pinner Anm. 8); diese Satzungsbestimmung kann allerdings geändert werden; ebenso aber auch der gemeinnützige Gegenstand im Fall des § 180 Abs. 2 Satz 1; die Eintragung einer solchen Änderung ohne gleichzeitige Verlängerung der Genehmigung oder Erhöhung des Nennwerts der Grundkapitalanteile bis auf 1000 Mk. wäre dann vom Registergericht abzulehnen (§ 195 Anm. Ig). Der Bundesrat ist zur Zulassung nur berechtigt, nicht unbedingt verpflichtet („kann"; M. 67; vgl. jedoch § 140 Anm. IIb); er hat die Genehmigung insbesondere dann zu versagen, wenn trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 180 Abs. 2 die allgemeinen wirtschaftlichen Interessen, welche überhaupt zur Festsetzung eines so hohen Mindestnennbetrags geführt haben, durch die bewilligte Ausnahme verletzt werden würden (M. 67). Wird die Genehmigung erteilt, so soll sie in den Aktien und Interimsscheinen ersichtlich gemacht werden (§ 180 Abs. 4, 5); die wissentliche Unterlassung ist mit Strafe bedroht (§ 314 Nr. 5), macht jedoch die Urkunden nicht nichtig („soll"). Bei Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ist die Genehmigungsurkunde vorzulegen (§ 195 Abs. 2 Nr. 6). Inwieweit der Registerrichter nachzuprüfen hat, ob die Bedingungen, unter denen eine Genehmigung zulässig ist, vorliegen, vgl. § 195 Anm. If 13.

b. **Bindung der Übertragung des Anteilrechts an die Zustimmung der Gesellschaft** (§ 179 Anm. IIc 2), wenn die Ausgabe von Interimsscheinen oder Namenaktien stattfinden soll. In den ausgegebenen Urkunden soll die Beschränkung (§ 222 Abs. 4) ersichtlich gemacht werden, daß für die Übertragung derartiger Kleinaktien oder -interimsscheine die Zustimmung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung erforderlich sei und die Übertragung nur mittels einer die Person des Erwerbers bezeichnenden, gerichtlich oder notariell beglaubigten Erklärung erfolgen könne. Die wissentliche Unterlassung des Ersichtlichmachens ist mit Strafe bedroht (§ 314 Nr. 5), macht jedoch die Urkunde nicht nichtig („soll").

c. **Ältere Gesellschaften.** Hierüber bestimmt EGHGB. Art. 24.

§ 181.

Unterzeichnung der Mitgliedscheine.

Zur Unterzeichnung von Aktien und Interimsscheinen genügt eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift. Die Gültigkeit der Unterzeichnung kann durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht werden.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** § 179.

Der § 181 wiederholt in umgekehrter Reihenfolge der beiden Sätze die für Schuldverschreibungen auf den Inhaber gegebene Bestimmung des BGB. § 793 Abs. 2. Er gilt für jede Art von Aktien und Interimsscheinen. Durch die Umkehrung in der Reihenfolge der beiden Sätze wird klargestellt, daß im Einzelfall durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung auch vorgeschrieben werden kann, daß die Namensunterschrift, um giltig zu sein, in anderer Weise als durch mechanische Vervielfältigung hergestellt werden muß.

§ 182.

Satzung.

Der Inhalt des Gesellschaftsvertrags muß von mindestens fünf Personen, welche Aktien übernehmen, in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung festgestellt werden. In der Verhandlung ist der Betrag und, wenn verschiedene Gattungen

von Aktien ausgegeben werden, die Gattung der von Jedem übernommenen Aktien anzugeben.

Der Gesellschaftsvertrag muß bestimmen:

1. die Firma und den Sitz der Gesellschaft;
2. den Gegenstand des Unternehmens;
3. die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien;
4. die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes;
5. die Form, in der die Berufung der Generalversammlung der Aktionäre geschieht;
6. die Form, in der die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen.

Bekanntmachungen, die durch öffentliche Blätter erfolgen sollen, sind in den Deutschen Reichsanzeiger einzurücken. Andere Blätter außer diesem bestimmt der Gesellschaftsvertrag.

ADH. Art. 209. **Entw. I** § 168. **Entw. II** § 180.

I. Gesellschaftsvertrag.
II. Übernahme von Grundkapitalanteilen.
  a. Übernahme.
  b. Bestandteile der Übernahme.
    1. Erklärung gegenüber Einzelnen (Gründer- und Begebungskonsortium).
    2. Erklärung gegenüber der AG.
  c. Übernahme für fremde Rechnung.
  d. Willensmängel der Übernahmeerklärung.
  e. Beschränkungen oder Vorbehalte.
  f. Ansprüche bei Erwerb durch Vertrag mit AG.
III. Feststellung der Satzung.
  a. Feststellungserklärung.
  b. Mindestzahl der Feststeller.
  c. Form der Verhandlung.
  d. Inhalt der Verhandlung.
IV. Notwendiger Inhalt der Satzung.
  a. Genügt Verweisung auf Anordnung anderer Behörde?
  b. Die einzelnen Bestimmungen.
V. Freiwillige, satzungsbedürftige Bestimmungen.
VI. Beispiele sonstiger Satzungsbestimmungen.

I. **Gesellschaftsvertrag.** Unter diesem Wort ist die Satzung der AG. begriffen (Vorbem. II vor § 178), und zwar die Satzung sowohl in ihrer ursprünglichen wie auch in später geänderter Form (§ 109 Anm. II; vgl. auch §§ 227, 276 „ursprünglichen"). Nicht alle späteren Gesellschafter müssen bei der ursprünglichen Feststellung beteiligt sein (§§ 182 Abs. 1, 188 Abs. 2, 189 Abs. 1, 196 Abs. 5; vgl. jedoch auch § 189 Abs. 3 Nr. 1), und auch für spätere Abänderungen ist in der Regel nicht die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich (§ 274; vgl. § 276). — Die Satzung einer AG., auch wenn sie von der Landesregierung genehmigt und durch die Gesetzsammlung bekannt gemacht ist (was wegen des besonderen Gegenstands des Unternehmens noch jetzt vorkommen kann), hat nicht die Eigenschaft eines Gesetzes (ROH. **4** 58, **7** 270, **8** 123, RG. **42** 307); diese Bekanntmachung begründet daher auch nicht die für verkündete Gesetze bestehende Vermutung der allgemeinen Kenntnis (ROH. **10** 327, **15** 57).

II. **Übernahme von Grundkapitalanteilen.**

a. **Übernahme.** Unter „Übernahme" ist im Folgenden eine Übernahme in beliebiger Form verstanden, unter Einschluß sowohl der Form gemeinsamer Verhandlung der Gründer wie der Form einer Zeichnung und der in § 202 erwähnten formlosen Übernahme. Im Sprachgebrauch des Gesetzes wird dagegen „übernehmen" und „zeichnen" voneinander unterschieden (§ 188 Anm. III a). Vgl. Lehmann, Recht der AG. 1 344. — Die Übernahme ist nicht Bestandteil der Satzung, vielmehr nur eine der Voraussetzungen, unter denen die Gesellschaft als errichtet gilt (RG. **45** 103), selbst wenn die Übernahme, weil gegen Nichtbareinlageversprechen erfolgt, in der Satzung zu erwähnen ist (RG. **45** 104). — Unter Umständen kann eine genügende Übernahmeerklärung in einer nur in Form eines Anerkenntnisses gefaßten Erklärung gefunden werden (ROH. **19** 238).

b. **Bestandteile der Übernahmeerklärung.** Die Übernahmeerklärung vor Gesellschaftserrichtung

besteht aus zwei auseinanderzuhaltenden Bestandteilen (RG. 28 76, RG. 11 V 01 JW. 485 [7]), aus einer Erklärung gegenüber einzelnen Personen (unten Anm. IIb 1) und aus einer Erklärung gegenüber der zu errichtenden Gesellschaft (unten Anm. IIb 2). Dies gilt von jeder Art einer Erklärung der Übernahme von Grundkapital vor Gesellschaftserrichtung, sowohl von der Übernahmeerklärung eines Gründers (bei Gleichgründung und bei Stufengründung), wie von der in der Zeichnung (§ 189 Anm. II) liegenden Übernahmeerklärung; sowohl von der Übernahmeerklärung des Bareinlegers, wie von derjenigen des Nichtbareinlegers. Bei der Übernahmeerklärung nach Errichtung der Gesellschaft sind gleichfalls entsprechende zwei Bestandteile vorhanden; nur ist hier die Scheidung nicht so auffällig, weil in der Regel (vgl. jedoch RG. 43 288) beide Erklärungsteile sich an die Gesellschaft richten.

1. Erklärung gegenüber einzelnen Personen.

α. Allgemeines. Soweit in der Übernahmeerklärung eine Erklärung gegenüber einzelnen Personen (Gründer, Mitgründer, Aufforderer zur Zeichnung usw.) liegt, bindet sich der Erklärende gegenüber diesen Personen, eine unmittelbare Bindung gegenüber der künftigen Gesellschaft einzugehen. Die Erklärung kann je nach den Umständen, unter denen sie abgegeben wird, eine verschiedene rechtliche Bedeutung haben. Sie kann vorkommen als Bestandteil eines Vorvertrags (mit späteren Gründern oder Nichtgründern) über Vereinserrichtung. So z. B., wenn sie noch vor Feststellung der Satzung (unten Anm. III) abgegeben wird. So in der Regel auch bei Abgabe der Erklärung in einer Übernahmeverhandlung (§ 182 Abs. 1 Satz 2, § 188 Abs. 2), in welcher nicht sofort alle Grundkapitalanteile übernommen werden, sowohl bei Gleichgründung (§ 188 Abs. 2) wie bei Stufengründung (§ 189). Wird die Übernahmeerklärung in einer Gleichgründungsverhandlung bei sofortiger Übernahme aller Grundkapitalanteile (§ 188 Abs. 1) abgegeben, so wird sie in der Regel aufzufassen sein als Bestandteil eines zwischen allen Gründern abgeschlossenen Vertrags (vgl. RG. 52 324) über (gleichzeitig mit diesem Vertrag und durch die darin abgegebenen Erklärungen erfolgende) Vereinserrichtung. Beide Gestaltungen, ein Vorvertrag und ein Errichtungsvertrag, können vorkommen bei vertraglichen Abmachungen mit Nichtbareinlegern (§ 186 Anm. IIc). Endlich kann in der Übernahmeerklärung auch ein bloßes Angebot für einen Vereinserrichtungsvertrag liegen. So bei der Übernahmeerklärnng des Zeichners (§ 189 Anm. II). — Ob im Verhältnis des Übernehmers zu den einzelnen Personen es einem von beiden nach Treu und Glauben freisteht, demnächst der Errichtung der Gesellschaft entgegenzuwirken (vgl. BGB. § 162, Rudorff zu § 189 Abs. 1), hängt von dem näheren Inhalt des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses ab. Für Zeichner z. B. ist es im Zweifel keine Verletzung von Treu und Glauben, wenn sie in der begründenden Generalversammlung gegen die Errichtung stimmen.

β. Vorvertrag insbesondere. Ein Vorvertrag, durch den jemand die Verpflichtung übernimmt, sich unter Nichtbareinlegung gegen Gewährung von Aktien in bestimmten Nennbeträgen bei einer zu gründenden Gesellschaft zu beteiligen, ist mangels genauerer Bestimmung der Höhe des Grundkapitals und sonstiger Gesellschaftseinrichtungen unverbindlich wegen Unbestimmtheit (RG. 41 284). Ist im Vorvertrag der Inhalt der übernommenen Verpflichtung genügend bestimmt, so ist er verbindlich und wird nicht selten als ein Gesellschaftsvertrag (BGB. § 705) aufzufassen sein (RG. 28 72). Der Vorvertrag ist jedoch wirksam nur, wenn er in der für die betreffende endgiltige Erklärung vorgeschriebenen Form (vgl. § 182 Abs. 1, § 188 Abs. 2, § 189 Abs. 2, § 281) abgegeben ist (RG. 43 140, 53 239; dagegen Staub [8]-Pinner Anm. 34).

γ. Ausgebungsvertrag. Zu unterscheiden ist ein „Gründerkonsortium" von einem „Begebungskonsortium"; ersterem liegt ein Vorvertrag über Errichtung einer AG. zu grund, letzterem ein Vertrag betreffs Überleitung von Anteilen an einen größeren Personenkreis (RG. 46 30). Über die Eigenschaft des Konsortium als im Zweifel Gesamthandsgesellschaft vgl. § 6 Anm. Ia 9. Ein Vertrag, in welchem mehrere Per-

sonen mit bestimmten Beträgen gewährleisten, daß eine Anzahl neu zu schaffender Anteile einer AG. begeben werden wird, ist dahin aufzufassen, daß jeder Unterzeichner jedem anderen gegenüber zur Aufbringung des von ihm gewährleisteten Betrags verpflichtet sein soll, so daß jeder einzelne den anderen durch Klage zur Abgabe der Übernahmeerklärung gegenüber der Gesellschaft anhalten oder auch, wenn infolge der hierdurch entstehenden Verzögerung die verspätete Leistung nicht mehr den Vertragszweck erfüllen würde, statt des Verzögernden die Übernahmeerklärung abgeben und ihn auf Ersatz des Geleisteten in Anspruch nehmen kann (RG. 43 288, BGB. § 286 Abs. 2). Wird jemandem zugesagt, daß er eine bestimmte Zahl Anteile einer zu errichtenden AG. zu denselben Bedingungen erhalten solle, zu denen die übrigen einem Begebungskonsortium zugänglich gemacht würden, so kann er bei Nichteinhaltung dieser Zusage eine Gewährung des Unterschieds fordern zwischen dem Preis, den er tatsächlich hat zahlen müssen und demjenigen, den er bei Einhaltung der Zusage zu zahlen gehabt hätte (RG. 46 32). Der von einem Konsorten für Rechnung, aber nicht im Namen des Begebungskonsortiums ausgestellte Schlußschein beurkundet nur einen Vertrag des Dritten mit dem einen Konsorten (RG. 56 299). — Über Zeichnungsstellen vgl. § 203 Anm. IV.

2. Erklärung gegenüber der zu errichtenden Gesellschaft. Der Übernehmer erklärt, der zu errichtenden Gesellschaft — unter der aufschiebenden Bedingung ihrer Errichtung und mit dem Zeitpunkt der Errichtung — als Mitglied unter Übernahme eines bestimmten Grundkapitalanteils und Bewirkung einer entsprechenden Einlage beitreten zu wollen. Diese Erklärung ist als eine einseitige aufzufassen (ebenso Lehmann, Recht der AG. 1 348, OLG. Braunschweig 16 V 02 OLGRspr. 5 284). Sie ähnelt einem Vertragsangebot, ist aber nicht ein solches. Denn durch die Errichtungshandlung wird nicht ein Vertrag zwischen der Gesellschaft einerseits und jedem Mitglied andererseits geschlossen (§ 188 Anm. I), die Errichtungshandlung hat nicht die Bedeutung einer Annahmeerklärung der Gesellschaft gegenüber den Übernahmeangeboten der Übernehmer. Vielmehr ist die Errichtungshandlung nur die äußere Tatsache, die in die Übernahmeerklärungen als aufschiebende Bedingung aufgenommen war, und durch deren Eintreten jene Übernahmeerklärungen zu nunmehr unbedingt und unbefristet bindenden werden (§ 186 Anm. IIc). Allerdings entstehen auch für die Gesellschaft mit ihrer Errichtung Pflichten gegenüber dem Mitglied, und hiermit erhält das Verhältnis den äußeren Anschein eines gegenseitigen Vertrags. Indessen beruhen die nunmehr entstandenen Pflichten der Gesellschaft in Wahrheit nicht auf einem Vertrag mit dem einzelnen Mitglied, vielmehr gleichfalls auf einer nur einseitigen Bindung der Gesellschaft, auf ihrer Bindung durch die festgestellte Satzung. — Anders bei dem Vorliegen eines Vertrags betreffs Gewährung besonderer Vorteile (§ 186 Anm. Ib), Übernahme von Vermögensgegenständen (§ 186 Anm. IIIb), Gewährung von Gründungsaufwand (§ 186 Anm. V), Abschluß — soweit wirksam (§ 212 Anm. IIIa, § 216 Anm. IIIa) — eines nicht unter § 212 fallenden Nebenvertrags über wiederkehrende Leistungen und Gegenleistungen (RG. 8 VII 03 JW. 343[4]); in diesen Fällen tritt die Gesellschaft in ein wirkliches Vertragsverhältnis.

c. **Übernahme von Grundkapitalanteilen für fremde Rechnung.** Übernehmer ist (und mit Errichtung wird anteilberechtigt und -verpflichtet) wer in eigenem Namen übernimmt, unerheblich, ob für eigene oder fremde Rechnung (RG. 28 76, 50 44, RG. 11 V 01 JW. 485[7]). Unerheblich ist, ob von Anfang an die Absicht besteht, daß der Übernehmer die Anteilrechte sofort weiterübertragen soll, und ob er gegenüber demjenigen, für dessen Rechnung er erwirbt, zu einer solchen Weiterübertragung verpflichtet ist (RG. 41 13). Der Übernehmer für fremde Rechnung wird auch als „Strohmann" bezeichnet. Keine strafbare unrichtige Darstellung liegt in der Bezeichnung des Übernehmers für fremde Rechnung als „Übernehmer" (RGSt. 30 312). — Zu unterscheiden von dem Fall der Übernahme in eigenem Namen für fremde Rechnung ist der Fall der Scheinübernahme (vgl. RG. 24 XI 02 JW. 03 29[20]). In dem letzteren Fall erfolgt eine Übernahme unter der mit einzelnen oder allen Miterrichtern getroffenen Vereinbarung, daß der die Übernahmeerklärung Abgebende gar nicht Übernehmer

sein solle, mag nun gleichzeitig verabredet sein, daß eine andere Person, die keine Übernahmeerklärung abgibt, wahrer Übernehmer sein solle, oder nicht. Über den Fall der Scheinübernahme vgl. unten Anm. II d 2.

d. **Willensmängel der Übernahmeerklärung.**

1. Allgemeines. Nach feststehender Rechtsprechung, die auch unter Herrschaft des neuen Rechts festgehalten worden ist (RG. VZS. 57 292), werden der Geltendmachung von Willensmängeln einer Übernahmeerklärung, auf Grund deren eine Eintragung in das Handelsregister erfolgen soll, erheblich engere Grenzen gezogen als dies nach BGB. für sonstige Willenserklärungen gilt. So nicht nur bei der AG. und KAG., sondern auch bei der GmbH. (RG. 25 III 99 JW. 306[16], RG. VZS. 57 297) und der Gen. (RG. 45 107, RG. VZS. 57 297; dagegen RG. 24 150, 36 105). Und zwar wird als Grundsatz festgehalten, daß die Geltendmachung eines Willensmangels unzulässig ist, wenn die Erklärung dem Willen des (geschäftsfähigen) Erklärenden entsprach (RG. VZS. 57 293), selbst wenn dieser Wille in einer Weise beeinflußt war, durch die sonst die Erklärung anfechtbar würde. Diese Einschränkung wird begründet (hiergegen 12. Aufl. S. 367) damit, daß derartige Übernahmeerklärungen dazu bestimmt sind, gleichzeitig auch Dritten und dem Registergericht die Beteiligung des Erklärenden an den Verein kundzugeben (RG. 9 38, 57 299). Die Einschränkung wird von der herrschenden Meinung (dagegen 12. Aufl. S. 367, CosackHR. § 115 II 2b außer bei Betrug, Lehmann in Recht 01 460 für die KG.: RG. 51 37, für die oHG.: § 123 Anm. IV) nicht nur dann für anwendbar erachtet, wenn gegenüber den Gründern oder sonst vor Eintragung des Vereins in das Handelsregister, sondern auch wenn gegenüber den Vertretern des eingetragenen Vereins und infolge schuldhaften Verhaltens dieser Vertreter die mit einem Willensmangel behaftete Erklärung abgegeben ist (RG. 57 299), wie z. B. bei Bestätigung nach Vereinserrichtung (RG. 18 3) oder bei Zeichnung gelegentlich Grundkapitalserhöhung (RG. 2 133, 54 129, RG. 4 VI 02 HoldheimsMSchr. 267, vgl. RG. 55 69). Und selbst in letzterem Fall nicht nur dann, wenn ein Dritter (vgl. ROH. 9 237) oder der Konkursverwalter (RG. 45 107), sondern auch wenn der Verein es ist, der den Anspruch gegenüber dem Beigetretenen geltend macht (RG. VZS. 57 299) oder wenn das Mitglied gegenüber dem Verein Rückzahlung des auf grund der durch Willensmangel beeinflußten Beitrittserklärung Eingezahlten fordert (RG. 17 IX 04 HoldheimsMSchr. 05 20). — Die obige Begründung der Einschränkung von Anfechtungen führt wohl dazu, daß bis zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister Anfechtungen in gewöhnlicher Weise zulässig sind (M. 105, OLG. Hamburg 11 II 05 OLGRspr. 10 245), daß aber die Anfechtung unwirksam wird, wenn trotz derselben dann die Eintragung erfolgt.

2. Die einzelnen Einwendungen. Bei Zugrundlegung der herrschenden Meinung ergeben sich nachstehende Folgerungen.

   α. Scheinerklärung und sonstige Abweichung des Erklärten vom Vereinbarten. Wer die Beitrittserklärung abgegeben hat, kann gegenüber dem Verein oder dessen Gläubigern sich nicht darauf berufen, daß die Erklärung nur zum Schein abgegeben sei, der Erklärende aber nach der zu grund liegenden Abrede nicht zu Einlagen verpflichtet sein (ROH. 7 417, 20 275) oder nicht haften solle. Abweichend von BGB. § 116 Satz 2, § 117 Abs. 1 ist mithin die sogar mit Kenntnis des Vertragsgegners zum Schein oder mit geheimem Vorbehalt abgegebene Beitrittserklärung wirksam. Der Erklärende kann sich gegenüber der Gesellschaft nicht auf die zwischen ihm und seinem Vertragsgegner getroffene Abrede berufen, selbst wenn die Gesellschaft sie kannte (RG. 50 44). So z. B. bei Nichteintreten einer beiderseits zu grund gelegten Voraussetzung der Übernahmeerklärung (ROH. 7 437; vgl. auch Bolze 10 Nr. 542) oder einer vereinbarten, aber nicht in die schriftliche Erklärung aufgenommenen aufschiebenden oder bei Eintreten einer solchen auflösenden Bedingung (ROH. 5 417, RG. 18 2, 19 124; vgl. auch RG. 42 3, 45 107). — Wirksam dagegen ist die gegenüber Gründern bei Vertragsabschluß erklärte zeitliche Beschränkung eines Nebenvertrags über wiederkehrende Leistungen (RG. 8 VII 03 JW. 343[4]). — Keine Scheinerklärung liegt in einer Beitrittserklärung für Rechnung eines Dritten (oben Anm. II b).

β. Irrtum und Täuschung. Unzulässig ist eine Anfechtung wegen Irrtums (RG. 19 124, 54 129, 55 69, RG. 25 III 99 JW. 306[16]) oder Täuschung (ROH. 5 417, 7 417, 22 196, Bolze 7 Nr. 644, RG. 25 III 99 JW. 306[16]) bezüglich der Tragweite des gewollten Inhalts, der Willenserklärung (BGB. § 119 Abs. 1 erster Fall und Abs. 2), also nicht nur dann (vgl. RG. 55 370), wenn der Wille durch einen falschen vorausgegangenen Beweggrund beeinflußt war, sondern auch wenn trotz Übereinstimmung von Wille und Erklärung der Wille auf einer falschen gegenwärtigen Vorstellung beruhte. — Zulässig dagegen ist eine Anfechtung wegen Irrtums in der Erklärungshandlung (vgl. RG. 55 370), wenn also der Erklärende eine Erklärung des Inhalts, wie er sie infolge Irrtums oder Täuschung abgab, überhaupt nicht abgeben wollte (BGB. § 119 Abs. 1 zweiter Fall). So z. B. wenn jemand infolge betrüglicher Unterschiebung eines anderen Schriftstücks einen Zeichnungsschein unterzeichnet hat, während er ein Schriftstück ganz anderen Inhalts zu unterzeichnen wähnte (RG. 9 38). Oder wenn der Unterzeichner den Inhalt der von ihm unterzeichneten Erklärung aus anderem Grund nicht kannte oder nicht verstand und daher diese Erklärung garnicht abgeben wollte (RG. 45 142). — Auch in solchen Fällen erscheint aber bei Mitverschulden des Erklärenden ein Schadensersatzanspruch desjenigen, welcher der Gesellschaft im Vertrauen auf die Erklärung geborgt hat, nicht ausgeschlossen. — Als erheblich wurde erachtet die Einrede eines Betrugs über die Tragweite der Willenserklärung bei Erwerb eines bereits vorhandenen Geschäftsanteils einer GmbH., weil die Weiterveräußerungen nur nachträglich zum Handelsregister anzumelden, aber an die Anmeldung nicht weitere Rechtswirkungen geknüpft seien (RG. 7 VII 97 JW 476[49]).

γ. Geschäftsunfähigkeit oder beschränkte Geschäftsfähigkeit des Erklärenden wirken in derselben Weise wie allgemein nach BGB. (vgl. RG. 51 37). Für Übernahme von Grundkapitalanteilen seitens eines Vertreters des Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen namens des letzteren ist mindestens dann, wenn es sich um Beitritt zu einer bereits bestehenden AG. handelt, Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach BGB. § 1822 Nr. 10 erforderlich (KG. 6 VII 05 Entsch.FG. 6 133 bei Gen.mbH.).

δ. Gläubigerbenachteiligung. In solchen Fällen handelt es sich nicht um Anfechtung durch den Erklärenden, sondern durch Dritte, einen Gläubiger oder den Konkursverwalter. Zulässig ist, wenn die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, nicht nur die Anfechtung der erfolgten Einbringung (§ 186 Anm. II d), sondern in den seltenen Fällen, in denen es tatsächlich in Betracht kommen wird, auch die Anfechtung der Beitrittserklärung.

3. Wirkung der Unzulässigkeit einer Anfechtung wegen Willensmängel. In denjenigen Fällen, in denen nach Vorstehendem die Übernahmeerklärung nicht angefochten werden kann, haftet der Erklärende gemäß dem Inhalt seiner Erklärung sowohl gegenüber der Gesellschaft wie gegenüber Dritten (oben zu 1). Neuerdings geht aber das RG. über die frühere Rechtsprechung sogar noch einen Schritt hinaus; es schließt nicht nur die Anfechtung wegen Willensmangels und die darauf gegründete Klage auf Rückzahlung des Eingezahlten aus (oben zu 1), sondern versagt dem Aktionär gegenüber der Gesellschaft jeden Anspruch auf Ersatz eines Schadens, der ihm gerade durch seine Beteiligung an der Gesellschaft erwachsen ist, und zwar nicht nur bei Beteilung durch Zeichnung, sondern auch bei Beteiligung durch Ankauf von Aktien der AG. durch deren Vermittlung; vielmehr könne nur gegenüber den etwa täuschenden Personen ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden (RG. 54 132, KG. 22 V 02 OLGRspr. 4 472, Staub in HoldheimsMSchr. 01 135). So z. B., wenn hierbei die AG. als Kommissionär des Getäuschten handelt (RG. 8 XI 05 JW. 06 32[42]). Nicht anzuerkennen ist, daß aus dem Wesen der AG. als Kapitalgesellschaft und aus § 213 ein so weitgehender Ausschluß von Ansprüchen sich rechtfertigen läßt (ebenso Lehmann in HoldheimsMSchr. 03 195, Plutus 06 125; auch Staub[8]-Pinner § 232 Anm. 43 bei Schädigung anläßlich Vertragschließung; dagegen

Staub⁸-Pinner § 189 Anm. 25 bei Schädigung anläßlich Übernahme von Grundkapitalanteilen bei Gründung oder Erhöhung). Äußerstenfalls würden daraus nur die dem PrivVersUntG. §§ 22 Abs. 4, 51 entsprechenden Folgerungen ableitbar sein, d. h. die Schadensersatzforderung des von den Gesellschaftsbehörden Getäuschten würde zwar hinter die Forderungen der sonstigen Gesellschaftsgläubiger, nicht aber hinter die Forderungen der Aktionäre auf Gewinnanteil und Auseinandersetzungsguthaben zurücktreten müssen (dagegen Staub⁸-Pinner Anm. 27).

e. **Beschränkungen oder Vorbehalte, die in die schriftliche Beitrittserklärung ausdrücklich aufgenommen sind,** können geltend gemacht werden. So z. B. daß unter Bezugnahme auf einen bestimmten Beschluß über Grundkapitalerhöhung gezeichnet, demnächst aber auf Grund eines anderen, abweichenden Beschlusses die Eintragung der Grundkapitalerhöhung erfolgt ist (RG. 55 66). So auch nach früherem Recht (vgl. jetzt §§ 196, 197, 274 Abs. 1), daß in der Beitrittserklärung den Gründern überlassen worden sei, die Satzung in bestimmter Weise zu ändern, daß aber ohne Wissen des Erklärenden dann die Änderung in größerem Umfang erfolgt sei, und er später nur irrtümlich als Aktionär Einzahlung geleistet habe (ROH. 22 198). So ferner — wenngleich der eintragende Registerrichter eine Barzahlungsverpflichtung für vorliegend erachtete — daß nach Inhalt der Erklärung nur eine durch Aufrechnung zu bewirkende Nichtbareinlage übernommen sei (RG. 42 3; vgl. aber §§ 186 Abs. 4, 189 Abs. 4 Satz 2, 281 Abs. 2). — Eine hiervon verschiedene Frage ist, ob Beitrittserklärungen, die solche Beschränkungen oder Vorbehalte enthalten, eine genügende Grundlage für Eintragungen im Handelsregister darstellen oder überhaupt nichtig sind. Hierüber bestimmen für Beitrittserklärungen durch Zeichenschein bei Stufengründung oder Grundkapitalerhöhung §§ 189 Abs. 4, 281 Abs. 2. Diese Bestimmungen werden ausdehnend auf Übernahmeerklärungen der Bareinleger zu gerichtlicher oder notarieller Verhandlung bei Gleichgründung und Stufengründung anzuwenden sein (vgl. RG. 26 73, wogegen RG. 42 5). Übernahmeerklärungen von Nichtbareinlegern sind wirksam, auch wenn darin Beschränkungen oder Vorbehalte enthalten sind. — Über die Wirkung einer aus anderem Grund als wegen Willensmangels eintretenden Nichtigkeit von Zeichnungsscheinen vgl. § 189 Anm. IIIc 3.

f. **Ansprüche gegen die AG. aus Rechtsmängeln, Sachmängeln oder Willensmängeln bei Erwerb von Anteilrechten der AG. auf Grund eines Vertrags des Erwerbers mit der AG.** Vgl. oben zu d 3.

III. **Feststellung der Satzung.**

a. **Feststellungserklärung.** Die „Feststellung des Gesellschaftsvertrages“ (§ 182 Abs. 1) ist zu unterscheiden von der „Errichtung der Gesellschaft“ (§ 188 Abs. 1, § 189 Abs. 1, § 196; in abweichendem weiteren Sinn in § 261 Nr. 4, EGHGB. Art. 23), und letztere wieder von dem „Entstehen der AG. als solcher“ (§ 200 Abs. 1). In der „Feststellung des Gesellschaftsvertrages“, d. h. der Satzung, liegt nicht bereits eine Vereinserrichtungshandlung (§ 188 Anm. I), sondern nur die Feststellung einer Grundlage für eine solche später zu bewirkende Vereinserrichtungshandlung. Nicht jene Feststellung der Satzung, vielmehr erst die Vereinserrichtungshandlung (RG. 41 283: „Aktiengesellschaftsvertrag“) ist das bei der AG. dem „Gesellschaftsvertrag“ der Gesellschaft des BGB. Entsprechende (§ 188 Anm. I). Durch die Feststellung der Satzung erkennt an sich der Feststellende die Satzung noch nicht als für sich bindend an. Eine solche (durch die demnächstige Errichtung der Gesellschaft bedingte) Bindung liegt allerdings in der Regel in der als Voraussetzung der Mitwirkung bei Feststellung erforderten Übernahme von Grundkapitalanteilen. Sie kann auch in einem zwischen einzelnen oder allen Gründern abgeschlossenen Vorvertrag über Vereinserrichtung erfolgt sein, allerdings nur mit Wirkung zwischen den Vertragschließenden.

b. **Mindestens fünf Personen, welche Grundkapitalanteile** (§ 179 Anm. IIIa) **übernehmen.** „Personen, welche Grundkapitalanteile übernehmen“, an anderen Stellen des HGB. „Aktionäre“ genannt (§ 211 Anm. Ia), ist als einheitlicher Begriff anzusehen, und der § 182 Abs. 1 Satz 1 dahin auszulegen, daß überhaupt nur, wer Grundkapitalanteils-Übernehmer ist, an der Feststellungsverhandlung mitwirken darf, und von derartigen Übernehmern fünf mitwirken müssen. Die Mitwirkung von Nichtübernehmern ist jedoch, da für die Feststellung

Einstimmigkeit erforderlich ist, unerheblich und macht daher die Feststellungsverhandlung nicht nichtig, wenn außer ihnen noch fünf Übernehmer vorhanden waren. Vertretung Geschäftsunfähiger durch ihre gesetzlichen Vertreter ist zulässig (CosackHR. § 115 I; vgl. HGB. § 187 Anm. I; ob vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich, vgl. § 182 Anm. II d 2 γ). Ebenso allgemein Vertretung durch Bevollmächtigte (Esser Anm. 2, Staub[8]-Pinner Anm. 11, Goldmann Nr. 3; zweifelnd Ring Nr. 2; vgl. auch RG. 41 15). Auch die Vertretung eines Gründers durch einen anderen, von ihm durch notariell beglaubigte Vollmacht ermächtigten Gründer (so daß weniger als 5 Personen anwesend sind) ist für zulässig zu erachten (OLG. Dresden 25 X 98 HoldheimsMSchr. 312). Doch muß in solchem Fall in der Vollmacht die Ermächtigung erklärt sein, daß der Vertreter mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter Dritter das Rechtsgeschäft vornehme (BGB. § 181, Staub[8]-Pinner Anm. 11). Über Vertretung bei der demnächsten Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister vgl. § 195 Anm. I d. — Unter „Personen" sind nicht nur natürliche, sondern auch juristische und auch eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft begriffen (vgl. § 105 Anm. I e 1). So sind z. B. die fünf Gründer der Westpreußischen Kleinbahnen-Aktiengesellschaft (Sitz Berlin) der Preußische Fiskus, ein Provinzialverband, ein Kreisverband, eine AG. und eine Einzelperson. Auch ein Einzelkaufmann kann hierbei unter seiner Firma auftreten (Goldmann Nr. 4, Staub[8]-Pinner Anm. 8; dagegen Staub[7] Anm. 4). Wirken mehrere persönlich haftende Gesellschafter namens der Gesellschaft mit, so zählen sie als eine Person (OLG. Dresden 16 V 89 ZHR. 37 548). Aus §§ 182 Abs. 1, 200 Abs. 2 folgt, daß bis zur Eintragung der AG. die Mitgliederzahl nicht unter 5 Personen sinken kann. Dagegen ist der Fortbestand der eingetragenen AG. nicht davon abhängig, daß wenigstens 5 Aktionäre vorhanden sind (§ 292 Anm. I d). Ob und wie lange vor Errichtung die Übernehmer untereinander an ihre Übernahmeerklärung gebunden sind, hängt von den zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnissen ab (oben Anm. II b 1). Werden nachträglich so viele Übernahmeerklärungen zurückgezogen, daß bei „Errichtung der Gesellschaft" (§ 188 Anm. II) nicht mehr mindestens fünf der Feststeller der Satzung an ihren Übernahmeerklärungen festhalten, so ist die frühere Feststellung nicht als genügend zu erachten. — Die Aktionäre, welche die Satzung festgestellt haben, gehören zu den „Gründern" der Gesellschaft (§ 187).

c. **Form der Feststellungsverhandlung** ist die gerichtliche oder notarielle. Über diese Form vgl. FGG. §§ 167 Abs. 1, 168 ff. und (FGG. § 200) die Landesgesetze. Die bloße Beglaubigung der Unterschrift genügt nicht. Zweifelhaft ist, ob sämtliche Beteiligte die erforderlichen Erklärungen in einer Verhandlung abgeben müssen, oder ob die Aufnahme mehrerer aufeinanderfolgender Verhandlungen zulässig ist. Für letzteres würde der über Antrag und Annahme von Verträgen handelnde § 128 BGB. entscheiden, wenn man ihn für entsprechend anwendbar ansieht. Für ersteres (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 13, Ring Nr. 4; dagegen Behrend § 98 Anm. 8, Pinner Anm. II 2, Goldmann Nr. 12) gibt aber die Erwägung den Ausschlag, daß die Feststellung der Satzung im Gesetz als das Ergebnis einer Beratung gedacht ist, und eine solche Beratung die Anwesenheit aller Beteiligten voraussetzt (vgl. auch § 188 Anm. III b), daß ferner hierauf auch die Vorschrift eines Angebens des „Tages der Feststellung des Gesellschaftsvertrages" (§ 189 Abs. 3 Nr. 1, § 198 Abs. 1) hindeutet. — Die Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form bewirkt Nichtigkeit der Feststellungsverhandlung (BGB. § 125).

d. **Inhalt der Feststellungsverhandlung.** Die Feststellungsverhandlung muß den Wortlaut der festgestellten Satzung enthalten; außerdem aber (§ 182 Abs. 1 Satz 2) den Betrag der von jedem der feststellenden Personen übernommenen Grundkapitalanteile (§ 179 Anm. III a) und (KB. 58), wenn verschiedene „Aktiengattungen" (§ 185 Anm. I) geschaffen sind, die Angabe der von jedem übernommenen Gattung. Daß auch der Ausgabebetrag, zu welchem die einzelnen Grundkapitalanteile übernommen werden, angegeben werden müsse, ist nicht vorgeschrieben. Eine entsprechende Anwendung der dies für den Zeichnungsschein bestimmenden Vorschrift (§ 189 Abs. 3 Nr. 3) ist nicht geboten (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 12, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 10); anderenfalls müßte man auch die Angabe des Betrags der fest-

gesetzten Einzahlungen verlangen. Der Zeichnungsschein will die Fernstehenden schützen, die Satzungsfeststeller sind in der Regel nicht Fernstehende. Bei letzteren kann daher die Einigung über einen etwa den Nennbetrag übersteigenden Ausgabebetrag formlos erfolgen.

VI. **Notwendiger Inhalt jeder Satzung.** Über die Folge von Mängeln vgl. §§ 309 ff.

a. **Genügt statt sachlicher Satzungsvorschrift die in der Satzung enthaltene Verweisung auf die durch eine Gesellschaftsbehörde zu treffende sachliche Bestimmung?** Zweifelhaft könnte sein, ob § 182 Abs. 2 dahin auszulegen ist, daß die vorgeschriebenen Angaben auch sachlich in der Satzung selbst enthalten sein müssen, oder ob es genügt, wenn die Satzung bestimmt, in welcher Weise außerhalb der Satzung die betreffende Festsetzung erfolgen soll, z. B. daß sie durch Beschluß des Aufsichtsrats zu treffen sei. Für ersteres wird zu entscheiden sein (dagegen KGJ. **10** 34), da im Gesetz (vgl. z. B. § 189 Abs. 3 Nr. 1) Wert darauf gelegt ist, daß jene Festsetzungen den Zeichnern bekannt werden. Hiernach kann z. B. nicht dem Aufsichtsrat die Befugnis beigelegt werden, die Blätter zu bestimmen, in denen die Bekanntmachungen der Gesellschaft erfolgen müssen, um gültig zu sein; dagegen darf dem Aufsichtsrat überlassen werden, diejenigen Blätter zu bestimmen, in denen außerdem freiwillig solche Bekanntmachungen erfolgen sollen (Staub[8]-Pinner Anm. 29). Auch kann dem Aufsichtsrat nicht überlassen werden, die Blätter zu bezeichnen, die an die Stelle eingegangener, nicht nur freiwillig benutzter treten sollen (dagegen KGJ. **4** 45 Anm. aus der Zeit vor 1884; vgl. unten Anm. IV b 7); vielmehr muß eine hierauf bezügliche Bestimmung bereits in der Satzung enthalten sein oder nötigenfalls gemäß § 310 ergänzt werden. Wirkungslos ist aus gleichem Grund die in der Satzung enthaltene Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Verlegung des Sitzes der Gesellschaft (RG. **44** 10). — Über die Frage, ob eine Feststellung der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder in der Weise zulässig ist, daß die Satzung nur die Höchst- und Mindestzahl angibt, vgl. § 243 Anm. II a. — Für einen Einzelfall (Regelung der Vertretungsmacht der Vorstandsmitglieder) bestimmt § 232 Abs. 2 ausdrücklich, daß durch Satzungsbestimmung dem Aufsichtsrat die nähere Anordnung überlassen werden könne. Aber soweit jene gesetzliche Ausnahme nicht reicht, bleibt auch die Regelung der Vertretungsmacht „ausschließlich Sache des Gesellschaftsvertrags" (D. 140). Ob die Satzung dem Aufsichtsrat die Bestimmung der Zahl der Vorstandsmitglieder überlassen kann, vgl. § 231 Anm. II a. — Über die Grenzen einer Übertragung von Satzungsänderungen an den Aufsichtsrat vgl. § 274 Anm. II. — Über die Unzulässigkeit einer Übertragung von Befugnissen der Generalversammlung an andere Gesellschaftsbehörden vgl. § 250 Anm. IV b 1.

b. **Die einzelnen Bestimmungen.**

1. Firma. Die Firma ist der Name der AG. (RG. 1 XI 05 JW. 722[13]). Über die vorgeschriebene Beschaffenheit bei Begründung einer neuen Firma für die AG. vgl. § 20, über die vorgeschriebene Beschaffenheit bei Fortführung einer bestehenden Firma durch die AG. vgl. § 22 Anm. IV b 2, über die Frage der Zulässigkeit einer Führung mehrerer Firmen § 17 Anm. III c. Nimmt die AG. eine zweite Firma an, sei es für einen getrennten Geschäftsbetrieb, sei es für die Zweigniederlassung eines ungetrennten Geschäftsbetriebs, so ist hierzu eine Satzungsänderung erforderlich. Bedenklich erscheint die Annahme des OLG. Dresden 9 X 00 OLGRspr. 2 516, daß die Beifügung eines Firmenzusatzes, der eine Zweigniederlassung als solche und in ihrer örtlichen Beziehung kennzeichne, eine bloße Verwaltungsmaßregel sei, die keine Satzungsänderung erfordere. — Über die Rechtsfähigkeit unter der Firma vgl. § 210 Anm. I b.

2. Sitz. Vgl. § 33 Anm. I c 2, § 106 Anm. I. Zur Anwendung kommt (Vorbem. II vor § 178) BGB. § 24:

> „Als Sitz eines Vereins gilt, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird."

Die AG. kann nur einen Sitz haben (RG. **59** 108, KG. 20 III 00 KGJ. **20** A 39). Als Sitz kann nur eine bestimmte Gemeinde, nicht ein mehrere Gemeinden umfassender Handelsplatz, bezeichnet werden (RG. **59** 109). Da nach BGB. § 24 in erster Reihe die willkürliche Bestimmung des Sitzes maßgebend ist, so bleibt der gemäß HGB. § 182 Abs. 2 Nr. 1 bestimmte Sitz als solcher bestehen, selbst wenn die Hauptniederlassung an

einem anderen Ort eingerichtet wird (ROH. 21 37, RG. 44 10, 50 97, KGJ. 13 44). Aus gleichem Grund ist CPO. § 17 Abs. 1 Satz 1, nicht aber Satz 2 anwendbar auf die AG. (RG. 59 107). Unerheblich ist, wo die Vorstandsmitglieder (ROH. 21 37) oder die Liquidatoren (§ 149 Anm. IVd 2) ihren Wohnsitz haben. Eine Verlegung des Sitzes bedingt die Änderung der Satzung (RG. 44 10). Über Verlegung des Sitzes einer inländischen AG. in das Ausland oder einer ausländischen AG. in das Inland vgl. § 292 Anm. Ie 3. Bei welchem Registergericht die mit der Sitzverlegung in Zusammenhang stehenden Eintragungen zu bewirken sind, vgl. § 31 Anm. IIa. — Das Reichsstempelges. § 6 Abs. 2 spricht von „Sitz der Handelsniederlassung" im Sinn von „Ort der Handelsniederlassung". Der Sitz der AG. ist deren „Wohnsitz" im Sinn des Reichsges. über Doppelbesteuerung v. 13 V 70 (RG. 50 100).

3. Gegenstand des Unternehmens. Vgl. § 33 Abs. 2, § 106 Anm. IIg. Gegenstand des Unternehmens ist nicht notwendig was in der Satzung ausdrücklich so bezeichnet ist, sondern was sich aus der Gesamtheit der Satzungsbestimmungen als Gegenstand ergibt (KG. 18 IV 04 EntschFG. 4 162 KGJ. 27 A 233 OLGRspr. 9 263). Über Berichtigung des eingetragenen Gegenstands von Amts wegen aus dem Grund widersprechender Satzungsbestimmung vgl. § 198 Anm. IIId. Da das Gesetz keine ausdrückliche Beschränkung enthält, so ist zulässig, daß der Gegenstand in ganz allgemeinen Ausdrücken bezeichnet wird, z. B. als „Handelsgeschäfte aller Art" (Staub[7] Anm. 11, wohl auch Esser Anm. 8; dagegen Ring Nr. 7, Goldmann Nr. 23, Staub[8]-Pinner Anm. 18), oder indem zu einem beschränkter bezeichneten Gegenstand der Zusatz „auch der Betrieb anderer kaufmännischer Geschäfte" hinzugefügt wird (so für GmbH. RG. 25 XI 05 JW. 06 70[26]). — Zweck der Gesellschaft kann ein eigennütziger der Aktionäre oder ein gemeinnütziger sein (§ 180 Abs. 2). Ob er ein durch vermögensrechtliche Leistungen erreichbarer sein muß, vgl. § 210 Anm. III. — Für die Änderung der Satzung in bezug auf den Gegenstand des Unternehmens sind erschwerende Bestimmungen in § 275 Abs. 2 getroffen. Die Firma ist nicht an Beibehaltung des ursprünglichen Handelszweigs gebunden (§ 17 Anm. IIIb 1). — Für Versicherungsaktiengesellschaften bestimmt PrivVUntG. § 8 Abs. 1: „Der Gesellschaftsvertrag einer AG. soll die einzelnen Versicherungszweige, auf welche sich der Geschäftsbetrieb erstreckt, sowie die Grundsätze für die Anlegung des Vermögens festsetzen und ersichtlich machen, ob das Versicherungsgeschäft lediglich unmittelbar oder zugleich auch mittelbar (durch Rückversicherung) betrieben werden soll". — Ob ein nichtwirtschaftlicher Gegenstand des Unternehmens für die AG. gewählt werden darf, vgl. zu BGB. § 21 (hinter HGB. § 319).

4. Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Grundkapitalanteile. Vgl. § 178 Anm. II, § 179 Anm. IIIa. Über den zulässigen Mindestbetrag der einzelnen Grundkapitalanteile bestimmt § 180.

5. Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstands. Im Gesetz ist nur bestimmt, daß der Vorstand aus einer oder mehreren Personen bestehen könne (§ 231 Abs. 2). Ob in der Satzung bestimmt werden kann, daß ein Dritter (z. B. der Aufsichtsrat) die Zahl der zu bestellenden Vorstandsmitglieder festsetzen solle, vgl. oben Anm. IVa, § 231 Anm. IIa. — Die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Aufsichtsrats ist nicht notwendiger Bestandteil der Satzung (RG. 48 46), da hierüber bereits § 243 die erforderlichen Bestimmungen enthält.

6. Form der Berufung der Generalversammlung. Vgl. §§ 255, 256, 310. „Form" vgl. unten Anm. IVb 7. Aus der besonderen Hervorhebung der „Berufung einer Generalversammlung" in gleicher Reihe mit „Bekanntmachungen der Gesellschaft" ist zu schließen, daß ersteres nicht nur ein Sonderfall von Bekanntmachungen überhaupt sein soll. Der § 182 Abs. 3 findet auf die Berufung von Generalversammlungen nur dann Anwendung, wenn die Satzung ausdrücklich auch hierfür die Bekanntmachung durch öffentliche Blätter vorschreibt.

7. Form der Bekanntmachungen der Gesellschaft.

α. Form. Als Anschauung der Reichstagskommission wurde festgestellt, daß die „Form" der Gesellschaftsbekanntmachungen gleichbedeutend mit der Art der Bekanntmachung

sei (vgl. „Weise" in § 255), und daß mithin in der Satzung festzustellen sei, ob die Bekanntmachungen durch öffentliche Blätter, eingeschriebenen Brief, einfachen Brief oder wie sonst erfolgen, daß dagegen die Form der Unterzeichnung solcher Bekanntmachungen, z. B. ob durch ein oder mehrere Vorstandsmitglieder, nicht unter diese Bestimmung falle, sondern hierfür §§ 232, 233 maßgebend seien (KB. 60). Daher braucht die Satzung keine Vorschrift über die Form der Unterzeichnung zu enthalten (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 25, Goldmann Nr. 35; dagegen Ring Nr. 11). — Über die Frage der Zulässigkeit einer Bestimmung, wonach durch Aufsichtsratsbeschluß neue Blätter an Stelle eingegangener festzusetzen sind, vgl. oben Anm. IV a.

β. Der Gesellschaft Bekanntmachung. Den Gegensatz zu den Bekanntmachungen der Gesellschaft (§ 182 Abs. 2 Nr. 6, Abs. 3) bilden diejenigen des Registergerichts (§§ 10, 11, 199 u. a.)

γ. Gesellschaftsblätter. Die Blätter, in denen die Bekanntmachungen der Gesellschaft veröffentlicht werden sollen, sind im HGB. als „Gesellschaftsblätter" bezeichnet (§ 219 Abs. 2). Inwieweit dem Aufsichtsrat die Bezeichnung der Blätter überlassen werden darf, vgl. oben Anm. IV a. — Nach § 182 Abs. 3 Satz 1 müssen diejenigen Bekanntmachungen der Gesellschaft, die durch öffentliche Blätter erfolgen sollen, jedenfalls im Deutschen Reichsanzeiger eingerückt werden. Da diese Vorschrift bereits im Gesetz als notwendige enthalten ist, wird nicht anzunehmen sein, daß die Wiederholung dieses Teiles der Form einen notwendigen Bestandteil der Satzung bildet. Ist in der Satzung nichts darüber bestimmt, in welchen Blättern die Bekanntmachungen der Gesellschaft zu veröffentlichen sind, so ist daher nicht die Satzung nichtig, sondern es ist dann erforderlich und genügt die Veröffentlichung im Reichsanzeiger (vgl. auch Esser Anm. 10). Die Vorschrift des Abs. 3 Satz 2 hat nicht den Sinn, daß neben dem Reichsanzeiger andere Blätter bestimmt werden müssen (M. 214, KB. 86; vgl. jedoch KB. 60). Zulässig ist auch eine Satzungsbestimmung des Inhalts, daß in mehreren Blättern bekanntgemacht werden soll, die Bekanntmachung in nur einigen der so bezeichneten Blätter aber für die Gültigkeit der Bekanntmachung genüge (Staub[8]-Pinner Anm. 29, Goldmann Nr. 42; dagegen Ring Nr. 12). Ist in der Satzung die Veröffentlichung der Bekanntmachungen der Gesellschaft in mehreren Blättern vorgeschrieben, und geht von diesen eins ein, so genügt — mangels gegenteiliger Bestimmung der Satzung — für die Zukunft die Veröffentlichung in den übrigen (KGJ. 4 44 in einem nach § 34 GenG. von 1868 zu beurteilenden Fall); ebenso wenn eins der Blätter die Aufnahme verweigert (Ring Nr. 12).

δ. Bekanntmachungen. Der Abs. 3 bezieht sich nur auf Bekanntmachungen, deren Aufnahme in öffentliche Blätter vorgeschrieben ist („sollen"), nicht auf freiwillig in öffentlichen Blättern erfolgende Bekanntmachungen, wie z. B. Angebote, Ausschreiben von Beamtenstellen (KB. 59). Ob das Vorschreiben im Gesetz oder in anderer Weise, z. B. in der Satzung oder in Darlehnsbedingungen, verpflichtend für die Gesellschaft erfolgt, ist unerheblich (Ring Nr. 12). — In § 265 ist unter „bekanntmachen" nur ein Bekanntmachen dem wesentlichen Inhalt nach verstanden (§ 265 Anm. I c). — Über Aufforderung zur Einzahlung rückständiger Mitgliedbeiträge vgl. § 218 Abs. 3.

ε. Sprache der Bekanntmachungen. Die vom HGB. vorgeschriebenen Bekanntmachungen der Gesellschaft müssen in den innerhalb Deutschlands verlegten Gesellschaftsblättern in deutscher Sprache erfolgen (vgl. KG. 24 VI 01 EntschFG. 2 177 KGJ. 22 A 288 OLGRspr. 3 416; dagegen Tobias in HoldheimsMSchr. 03 85); doch ist für zulässig zu erachten, daß die Satzung bezüglich der Bekanntmachungen in anderen Blättern als dem Reichsanzeiger das Gegenteil vorschreibt, da die Bestimmung solcher Blätter überhaupt freiwillig ist.

ζ. Zeitpunkt des Erfolgtseins einer Bekanntmachung. Vgl. § 255 Anm. II.

V. **Bestimmungen, die freiwillig sind, aber — wenn überhaupt — nur in der Satzung** (Anm. I) **getroffen werden können,** nicht auch durch sonstige Beschlüsse oder durch Vertrag

mit Dritten (M. 70). Bezüglich aller hierunter fallenden Bestimmungen ist die gesetzliche Form auch nicht etwa dadurch gewahrt, daß die Satzung vorschreibt, die betreffende Bestimmung könne in anderer Weise als in der Satzung getroffen werden (oben Anm. IV a).

1. Bindung der Übertragung von Anteilrechten an die Zustimmung der Gesellschaft (§ 179 Anm. II c 2, § 222 Abs. 2) und Zusatz, daß diese Zustimmung nur aus wichtigen Gründen verweigert werden dürfe (§ 212 Abs. 3).
2. Bestimmung anderer Blätter außer dem Reichsanzeiger für Bekanntmachungen der Gesellschaft (§ 182 Abs. 3). Vgl. oben Anm. IV b 7.
3. Ausstellung von Inhaberaktien (§ 183 Abs. 1).
4. Zulässigkeit der Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien oder umgekehrt auf Verlangen des Aktionärs (§ 183 Abs. 2).
5. Ausgabe von Aktien für einen höheren Preis als den Nennbetrag (§ 184 Abs. 2).
6. Festsetzung verschiedener Rechte für einzelne Aktiengattungen (§ 185).
7. Ausbedingung besonderer Vorteile für einzelne Aktionäre, Nichtbareinlagen, Übernahme von Vermögensgegenständen bei Gründung, Gewährung von Entschädigungen oder Belohnungen für Gründung oder deren Vorbereitung (§ 186). Für die KAG. vgl. auch § 322 Abs. 3.
8. Wahl des ersten Vorstandes in anderer Weise als durch die Generalversammlung (§ 190 Abs. 3).
9. Verpflichtung der Aktionäre zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen (§ 212 Abs. 1; vgl. § 276) und Festsetzung von Vertragsstrafen für Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung dieser Verpflichtungen (§ 212 Abs. 2).
10. Ausschluß des Reingewinns oder eines Teiles desselben von der Verteilung (§ 213; vgl. jedoch § 213 Anm. II b) und sonstige von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Art der Gewinnverteilung (§ 214 Abs. 3).
11. Zeitpunkt, in welchem die Verteilung fester Zinsen an die Aktionäre spätestens aufhört (§ 215 Abs. 2).
12. Festsetzung von Vertragsstrafen auf nicht rechtzeitige Einzahlung des auf die Aktien eingeforderten Betrages (§ 218 Abs. 2).
13. Bestimmungen, wonach die Aufforderung zur Leistung von Einzahlungen auf Aktien in anderer Weise als die Bekanntmachungen der Gesellschaft erfolgen soll (§ 218 Abs. 3).
14. Anordnung oder Gestattung der Einziehung von Anteilrechten (§ 227 Abs. 1).
15. Abweichungen von der gesetzlichen Gesamtvertretungsmacht der Vorstandsmitglieder, Erteilung einer Gesamtvertretungsmacht an Vorstandsmitglieder und Prokuristen, und Ermächtigung des Aufsichtsrats zu einer derartigen Erteilung (§ 232).
16. Festsetzung, daß der Aufsichtsrat aus mehr als drei Mitgliedern bestehen soll (§ 243 Abs. 1).
17. Bestimmung anderer als der gesetzlichen Voraussetzungen für Widerruf der Bestellung zum Mitglied des Aufsichtsrats (§ 243 Abs. 4).
18. Festsetzung der über die gesetzlichen hinausreichenden Obliegenheiten des Aufsichtsrats (§ 246 Abs. 3).
19. Bestimmungen über das Erfordernis einer größeren als der gesetzlichen Mehrheit oder sonstiger Erfordernisse für Beschlüsse der Generalversammlung; besondere Bestimmungen für Wahlen (§ 251).
20. Bedingungen und Form der Ausübung des Stimmrechts in Ergänzung der gesetzlichen Bestimmungen (§ 252 Abs. 4); Beschränkung des Stimmrechts für den Fall des Besitzes mehrerer Anteilrechte; Beilegung eines höheren Stimmrechts an eine von mehreren „Aktiengattungen“ (§ 252 Abs. 1).
21. Ermächtigung anderer als des Vorstands und der sonst gesetzlich Ermächtigten zur Berufung der Generalversammlung (§ 253 Abs. 1, § 254 Abs. 1); Festsetzung bestimmter Fälle, in denen außer den gesetzlichen die Generalversammlung zu berufen ist (§ 254 Abs. 2).
22. Abhängigmachung der Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung davon, daß die Aktien früher als am dritten Tag vor der Versammlung hinterlegt werden (§ 255 Abs. 2, 3).

23. Bestimmung einer von der gesetzlichen abweichenden Frist für die Vorlegung der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und des Geschäftsberichts (§ 260 Abs. 2).
24. Festsetzung, daß, bis der Reservefonds einen höheren als den zehnten Teil des Grundkapitals erreicht, ein bestimmter Teil des Reingewinns an ihn abgeführt werden soll (§ 262 Nr. 1).
25. Festsetzung einer andern als der gesetzlichen Mehrheit für Abänderung der Satzung (§ 275 Abs. 1); Festsetzung schwererer als der gesetzlichen Erfordernisse für Beschlüsse über Abänderung des Gegenstands des Unternehmens (§ 275 Abs. 2).
26. Zulässigkeit einer Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien (bei Versicherungsgesellschaften) vor voller Einzahlung des bisherigen Kapitals (§ 278 Abs. 1).
27. Festsetzung schwererer als der gesetzlichen Erfordernisse für Beschlüsse über Herabsetzung des Grundkapitals (§ 288 Abs. 1).
28. Festsetzung schwererer als der gesetzlichen Erfordernisse für den Auflösungsbeschluß (§ 292 Nr. 2).
29. Festsetzung schwererer als der gesetzlichen Erfordernisse für den Beschluß einer Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im ganzen (§ 303 Abs. 1).
30. Festsetzung nach Höhe und Art von „nicht auf das Grundkapital" erfolgenden Vermögenseinlagen der persönlich haftenden Gesellschafter einer KAG. (§ 322 Abs. 2).
31. Zulassung des Ausscheidens von persönlich haftenden Gesellschaftern einer KAG. außer dem Fall der Ausschließung (§ 330 Abs. 4).
32. Nichtgerichtliche Bezeichnung anderer als der gesetzlichen Liquidatoren bei der KAG. (§ 331 Abs. 1; abweichend bei der AG., vgl. unten VI 4).

VI. **Beispiele von Bestimmungen, die in der Satzung oder auch in anderer Weise getroffen werden können.**
1. Beschränkung des Umfanges der Vertretungsbefugnis von Vorstandsmitgliedern (§ 235 Abs. 1).
2. Bestimmungen über die Befugnis zur Ernennung von Prokuristen (§ 238).
3. Festsetzung einer Zeit, mit deren Ablauf die Aktiengesellschaft aufgelöst sein soll (§ 292 Nr. 1; vgl. D. 121, § 196 Abs. 5, § 198 Abs. 2).
4. Bestimmung der Person der Liquidatoren (§ 295 Abs. 1).
5. Abweichungen von der gesetzlichen Gesamtvertretungsmacht der Liquidatoren (§ 298 Abs. 3).
6. Ermächtigung des Aufsichtsrats der KAG., persönlich haftenden Gesellschaftern die Einwilligung zu Sondergeschäften zu erteilen (§ 326 Abs. 1).

§ 183.

Namenaktien als Regel. Umwandlung.

Ist im Gesellschaftsvertrage nichts darüber bestimmt, ob die Aktien auf den Inhaber oder auf Namen lauten sollen, so sind sie auf Namen zu stellen.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß auf Verlangen des Aktionärs die Umwandlung seiner auf Namen lautenden Aktie in eine Inhaberaktie oder umgekehrt stattzufinden hat.

ADH. Art. 209 Abs. 2 Nr. 4, 209a Abs. 1 Nr. 3. **Entw. I** § 169. **Entw. II** § 181.

I. **Namen- und Inhaberaktien.** Vgl. § 179 Anm. IV c.

II. **Umwandlung.** Enthält die Satzung keine Bestimmung, wonach auf Verlangen eines Aktionärs die Umwandlung seiner Namenaktie in eine Inhaberaktie oder umgekehrt stattzufinden hat, so ist eine solche Umwandlung erst nach Änderung der Satzung zulässig. Eine Umwandlung der in § 183 Abs. 2 zugelassenen Art ist eine Verwaltungshandlung, die im Zweifel durch den Vorstand zu bewirken ist (D. 122, KB. 60). Eine Zwangsumwandlung, wenn urch sie die Übertragbarkeit erschwert werden soll, greift in das Sonderrecht des Aktionärs

ein (§ 250 Anm. II c 3); daher genügt hierfür nicht schon ein Beschluß über Änderung der Satzung (§ 274), vielmehr ist eine vor der Entstehung des betreffenden Anteilrechts zustande gekommene Bestimmung der Satzung erforderlich (D. 122; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 4, Goldmann Nr. 10; dagegen Ring Nr. 2). Dagegen wird anzunehmen sein, daß eine Erleichterung der Übertragbarkeit, da hierdurch die Sonderbefugnisse des Aktionärs erweitert, nicht beschränkt werden, auch durch gewöhnlichen Satzungsänderungsbeschluß erfolgen darf (dagegen D. 122, Staub[8]-Pinner Anm. 4, Goldmann Nr. 10). Einer Zwangsumwandlung gleich steht die Entziehung des Rechts auf Erlangung eines Mitgliedscheins (vgl. § 179 Anm. II a).

§ 184.

Ausgabebetrag.

Für einen geringeren als den Nennbetrag dürfen Aktien nicht ausgegeben werden.

Die Ausgabe für einen höheren Betrag ist statthaft, wenn sie im Gesellschaftsvertrage zugelassen ist.

ADH. Art. 209a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2. **Entw. I** § 170. **Entw. II** § 182.

I. **Ausgabebetrag.** Der § 184 behandelt nicht, wie es nach der Fassung scheinen könnte, das Verhältnis des vor der Ausgabe einer Aktienurkunde tatsächlich gezahlten Betrages zu deren Nennbetrag; er behandelt vielmehr das Verhältnis des übernommenen Grundkapitalanteils (§ 179 Anm. III a) zum Einlageversprechen. Der „Betrag des (Kapital-)einlage-Versprechens" (§ 161 Anm. I c 3, § 211 Anm. II) ist im Gesetz bei der AG. „Ausgabepreis" (oder „Betrag, für welchen Ausgabe stattfindet") genannt (z. B. § 179 Abs. 3, § 189 Abs. 3 Nr. 3, § 211). Jene Worte bezeichnen denselben Begriff; nur ist bei „Einlage" an den beitragenden Gesellschafter gedacht, bei „Ausgabe" an die Gesellschaft, die das entsprechende Wertpapier aushändigt. „Ausgabe" bedeutet in § 184 (und § 262 Nr. 2, § 278, § 281 Nr. 2, 3, § 282 Abs. 2, § 283 Abs. 1, § 284 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 5) nicht (wie z. B. in § 179 Abs. 3, 4, § 200 Abs. 2, § 209 Abs. 2, § 241 Abs. 3 Nr. 4, § 287 Abs. 1, § 314 Nr. 2—5, Reichsstempelges. § 2, RGSt. **31** 403) ein Ausgeben der Urkunde, vielmehr das Zuteilen eines Grundkapitalanteils. Auch die Wahl des Ausdrucks „Ausgabepreis" ist keine glückliche, weil das Wort „Preis" die falsche (§ 188 Anm. I) Vorstellung erweckt, als sei die Ausgabe der Urkunde die volle Gegenleistung für die Hingabe der Einlage. — Da der § 184 nur das auf den betreffenden Grundkapitalanteil zu leistende erstmalige Einlageversprechen behandelt, so ist er — trotz seiner allgemein lautenden Fassung — nicht anwendbar auf die Veräußerung eines bereits bestehenden Anteilrechts seitens der Gesellschaft, z. B. nicht auf den Verkauf eines seitens der Gesellschaft durch Kauf oder Verlustigerklärung erworbenen eigenen Anteilrechts und des verbriefenden Mitgliedscheins. — Ob die versprochene Einlage eine bare oder nichtbare, ist unerheblich (Simon 280).

II. **Ausgabe unter Nennbetrag** (= „Unterpari-Emission") ist verboten (§ 184 Abs. 1). Und zwar bei Ausgabe sowohl auf das ursprüngliche Grundkapital wie auf eine Erhöhung desselben (vgl. § 278 Abs. 3). — Ist eine unter dem Nennbetrag zurückbleibende Einlageverpflichtung übernommen, so ist weder die Übernahmeerklärung nichtig (so Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 4; aber warum soll der Übernehmer frei werden?), noch Übernahmepflicht zum Nennbetrag begründend (so Staub[8]-Pinner Anm. 2 unter Berufung auf § 211; vgl. jedoch „begrenzt" in § 211). Vielmehr ist nur unzulässig, daß daraufhin die AG. oder der Erhöhungsbeschluß eingetragen werden. Sind sie trotz Unzulässigkeit eingetragen, so hat dies keine Nichtigkeit der Eintragung zur Folge (§ 309 Anm. III b 2). Über die Aushändigung der Aktienurkunden vor voller Zahlung des Nennbetrages bestimmt nicht § 184 Abs. 1 (oben Anm. I), sondern § 179 Abs. 3, 4. Mithin fällt auch ein Verstoß gegen § 184 Abs. 1 nicht unter die Strafbestimmung des § 314 Nr. 2.

III. **Ausgabe über Nennbetrag** (= „Überpari=Emission“) ist bedingt zulässig (§ 184 Abs. 2): das Einlageversprechen darf höher sein als der übernommene (im Fall der Aktienausgabe in dem Nennbetrag der Aktie erscheinende) Grundkapitalanteil (oben Anm. I). Die Ausgabe über Nennbetrag ist statthaft nur, wenn sie in der Satzung zugelassen (§ 184 Abs. 2) ist; ob dies auch bei Ausgabe anläßlich eines Erhöhungsbeschlusses gilt, vgl. § 278 Anm. VIII c 1. Der genaue Ausgabebetrag braucht nicht in der Satzung zugegeben zu sein (M. 133, D. 122); bei Ausgabe über Nennbetrag im Fall einer Erhöhung des Grundkapitals muß jedoch der Mindestausgabebetrag in dem Erhöhungsbeschluß festgesetzt werden (§ 278 Abs. 3); auch muß bei Stufengründung und bei Erhöhung der Ausgabebetrag im Zeichnungsschein genannt sein (§ 189 Abs. 3 Nr. 3, § 281 Abs. 1 Nr. 2). Ob auch bei Übernahme von Grundkapitalanteilen in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung (§ 182 Abs. 1, § 188 Abs. 2), vgl. § 182 Anm. III d. Der Ausgabebetrag mehrerer über Nennbetrag auszugebender Anteile darf seitens der die Ausgabe durchführenden Gesellschaftsbehörde verschieden hoch bemessen werden (Staub[8]=Pinner Anm. 6, Behrend § 117 Anm. 16, Pinner Anm. II, Goldmann Nr. 10; dagegen Ring Nr. 3); über die gleiche Frage bei Erhöhung des Grundkapitals vgl. § 278 Anm. VIII c 2. Der Aktionär haftet auf Einzahlung des Überbetrages ebenso wie auf Einzahlung des Nennbetrages (§ 211); der Überbetrag muß jedoch schon vor Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister voll eingezahlt werden (§ 195 Abs. 3 Satz 2). Der durch Ausgabe über Nennbetrag erzielte Überschuß über den Nennbetrag und über die Kosten der Aktienausgabe muß zum Reservefonds abgeführt werden (§ 262 Nr. 2). Da der Nennbetrag und der Ausgabebetrag im Zeichnungsschein angegeben werden müssen (§ 189 Abs. 2, 3 Nr. 3, § 281 Abs. 1), so muß aus dem Zeichnungsschein stets hervorgehen, ob eine Ausgabe über Nennbetrag stattfindet.

§ 185.

Aktiengattungen.

Im Gesellschaftsvertrage können für einzelne Gattungen von Aktien verschiedene Rechte, insbesondere in Betreff der Vertheilung des Gewinns oder des Gesellschaftsvermögens, festgesetzt werden.

ADH. Art. 209a Nr. 4. **Entw. I** § 171. **Entw. II** § 183.

I. Begriff.
II. Beispiele.
III. Festsetzung in der Satzung.

I. **Begriff der „Aktiengattung“.**

a. **Nur in einer Verschiedenheit der Anteilrechte kann Gattungsverschiedenheit liegen.** Aktiengattung ist Anteilrechtsgattung.

1. Allgemeines. Verschiedene Aktiengattungen liegen nicht vor, wenn nur eine Verschiedenheit im Aktienbetrag, das heißt eine Verschiedenheit der übernommenen Grundkapitalanteile (§ 179 Anm. III) vorhanden ist (§ 189 Abs. 2, KB. 89, vgl. auch RG. **46** 36). Verschiedene Aktiengattungen liegen auch dann nicht vor, wenn es sich nur um Verschiedenheiten der Aktienurkunden (§ 179 Anm. IV) handelt (unten zu 2). Hieraus folgt, daß von einer Verschiedenheit der Aktiengattungen nur gesprochen werden kann, wenn Verschiedenheiten der Anteilrechte (§ 179 Anm. II) vorliegen. Keine Verschiedenheit des Inhalts der Anteilrechte wird dadurch begründet, daß die Aktienurkunden in verschiedenen Serien ausgegeben werden. Daher liegt in der Verschiedenheit der Serien keine Gattungsverschiedenheit (KB. 59).
2. Aktienart. Im ADH. war „Aktiengattung“ und „Aktienart“ unterschieden. Als Verschiedenheit der Aktien nach „Art“ war bezeichnet, „ob sie auf Inhaber oder auf Namen lauten (ADH. Art. 209 Abs. 2 Nr. 4). Während im ADH. der Ausdruck „Aktienart“ an drei Stellen (Art. 209 Abs. 2 Nr. 4 [175 Abs. 2 Nr. 5], 209a Nr. 3 [175a Nr. 3], 209e Abs. 1 [175c Abs. 1]) vorkam, ist dieser Ausdruck im HGB. nicht mehr enthalten. Daher kann für das HGB. die Frage aufgeworfen werden, ob etwa hier der Ausdruck

„Aktiengattung" in weiterem Sinn, auch die „Aktienart" des ADH. einschließend, zu verstehen ist. Dies ist zu verneinen. Eine solche Erweiterung des Begriffes trotz Benutzung desselben Worts ist nicht zu vermuten. Die Entstehungsgeschichte ergibt nicht, daß sie beabsichtigt war (ausführlich erörtert in 12. Aufl.). Da ferner die Satzung bestimmen darf, daß durch einfache Verfügung der Verwaltung der AG. auf Verlangen des Aktionärs eine Umwandlung von Namenaktien in Inhaberaktien erfolgt und umgekehrt (§ 183), so kann nicht angenommen werden, daß auf den Umstand, ob die Aktie auf Namen oder auf Inhaber gestellt ist, soviel Gewicht gelegt werden sollte, daß darauf die im Gesetz für „Aktiengattungen" gegebenen Vorschriften anwendbar sein sollten.

b. **Nicht jede Verschiedenheit der Anteilrechte enthält eine Gattungsverschiedenheit.**

1. Rechtsverschiedenheit hinsichtlich Gewinn- oder Vermögensverteilung. Die Kommission des Reichstags stellte fest, „daß eine besondere Gattung von Aktien nur dann vorliegt, wenn verschiedene Rechte mit verschiedenen Aktien verbunden sind, Prioritätsrechte bezüglich der Dividendenverteilung, verschiedene Rechte bezüglich der Höhe der Dividenden, Vorrechte bei Vermögensverteilung" (KB. 59).

2. Verschiedenheit der Beitragspflicht. In der zu 1 erwähnten Begriffsbestimmung der Kommission ist nicht klar zum Ausdruck gekommen, ob die erwähnten drei Fälle als die einzig möglichen einer besonderen Aktiengattung gedacht sind oder nur als nicht erschöpfende Beispiele des „Verbundenseins verschiedener Rechte mit verschiedenen Aktien". Letzteres wird anzunehmen sein. — Zweifelhaft ist, ob von einer Verschiedenheit von Aktiengattungen nur gesprochen werden kann, wenn verschiedene Rechte, oder auch, wenn verschiedene Pflichten vorhanden sind. Jeder Pflicht entspricht aber in der Regel ein Recht. So kann die Pflicht zur Leistung einer Nichtbareinlage ausgedrückt werden als Recht, am Gewinn voll beteiligt zu werden, sobald nur der Gegenstand geleistet ist. Man wird daher in der Tat die gegen Bareinlageversprechen übernommenen Anteilrechte und das gegen ein bestimmtes Nichtbareinlageversprechen übernommene Anteilrecht als verschiedene Aktiengattungen anzusehen haben bis zu dem Zeitpunkt der erfolgten vollen Leistung der Einlage auf beide Gattungen von Anteilrechten; mit diesem Zeitpunkt verschwindet von selbst jede Verschiedenheit. Entsprechend sind als verschiedene Aktiengattungen aufzufassen auch Anteilrechte mit der Pflicht zu wiederkehrenden Leistungen (§ 212) neben Anteilrechten ohne solche Pflicht (ebenso Rudorff, Staub[8]-Pinner Anm. 7, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 13), eine Verschiedenheit, die gleichfalls unter keins der in KB. 59 genannten Beispiele fällt.

3. Übertragbarkeitsverschiedenheit? Eine Verschiedenheit bezüglich der Übertragbarkeit der Anteilrechte begründet keine Gattungsverschiedenheit. Denn die Verbriefung durch Namenurkunde und die Verbriefung durch Inhaberurkunde unterscheiden sich nach Art, nicht nach Gattung (oben Anm. I a 2). Daraus folgt, daß auch in der Bindung der Übertragung von Anteilen an die Zustimmung der Gesellschaft nicht die Begründung einer besonderen Aktiengattung liegt.

4. Stimmrechtsverschiedenheit? Auch die Frage könnte man geneigt sein, aufzuwerfen, ob Anteilrechte, mit denen nur bezüglich des ihnen beigelegten Stimmrechts eine verschiedene Berechtigung verknüpft ist, verschiedene Aktiengattungen darstellen. Der hier vorausgesetzte Fall einer verschiedenen Berechtigung nur bezüglich des Stimmrechts kann indessen nicht vorkommen, denn nach § 252 Abs. 1 setzt die Beilegung verschiedenen Stimmrechts an verschiedene Anteilrechte mit gleichem Grundkapitalanteil das Bestehen einer Gattungsverschiedenheit zwischen jenen Anteilrechten voraus (§ 252 Anm. III b 2). Mithin kann bei Anteilen, die in Ansehung des Stimmrechts und in anderer Weise verschieden sind, nicht erst in der Beilegung des verschiedenen Stimmrechts der Grund einer etwa vorhandenen Gattungsverschiedenheit gefunden werden.

c. **„Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung".** Indem der § 185 bestimmt, daß „für einzelne Gattungen von Aktien" „verschiedene Rechte festgesetzt" werden können, scheint er vorauszusetzen, daß die Gattungsverschiedenheit schon vorhanden sein muß, ehe die verschiedenen Rechte festgesetzt werden. In Wahrheit handelt es sich indessen nur um eine un-

genaue Ausdrucksweise. Dies wird klar gestellt durch die oben Anm. I b 1 angeführte Bemerkung in KB. 59, wonach gerade jene Beilegung verschiedener Rechte erst die Gattungsverschiedenheit schaffen soll. Der § 185 ist mithin so auszulegen, als lautete er:

„Einzelnen Anteilrechten können verschiedene Rechte, insbesondere inbetreff der Verteilung des Gewinns oder des Gesellschaftsvermögens beigelegt werden (Aktiengattungen). Eine derartige Festsetzung kann nur im Gesellschaftsvertrag getroffen werden".

Bei derartiger Auslegung ergibt sich, daß § 185 — was aus der Fassung zunächst nicht erkennbar — eine Bestimmung des Begriffs Aktiengattung enthalten soll, und diese in § 185 gegebene Begriffsbestimmung ist mit der oben (Anm. I a, b) entwickelten in Übereinstimmung. Und ferner ergibt sich, daß der im Gesetz an mehreren Stellen gebrauchte Ausdruck „Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung" (§§ 275 Abs. 3, 278 Abs. 2, 281 Abs. 1 Nr. 3, 288 Abs. 3) nichts anderes, sondern dasselbe bedeuten soll wie der Ausdruck „Aktiengattungen" (§§ 182 Abs. 1, 189 Abs. 2, 252 Abs. 1). Nur im § 300 Abs. 2 hat der Ausdruck „Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung" eine andere Bedeutung: er ist dort beschränkend auszulegen als „Aktiengattungen, denen inbetreff der Verteilung des Gesellschaftsvermögens verschiedene Rechte beigelegt sind."

d. **Zahl der zur Gattung gehörenden Anteilrechte.** Diese Zahl ist nach unten nicht beschränkt. Die in KB. 59 gegebene Begriffsbestimmung (oben Anm. I b 1) paßt auch auf den Fall einer nur aus einem Anteilrecht bestehenden besonderen Gattung. In der Tat liegt kein Grund vor, diesen Fall auszuschließen, zumal das Grundkapital in ungleiche Teile zerlegt werden darf (§ 180 Anm. I a), und nicht wohl unzulässig sein kann, daß jemand ein bevorzugtes Anteilrecht mit einem Grundkapitalanteil von 10000 übernimmt, wenn er, gleichfalls allein, 10 bevorzugte Anteilrechte mit Grundkapitalanteilen von je 1000 übernehmen könnte.

II. **Beispiele verschiedener Aktiengattungen.** Der § 185 hebt als Beispiele solcher Verschiedenheit hervor: a. Verschiedenheit bei Verteilung des Gewinns, b. Verschiedenheit bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens. Über Genußscheine vgl. § 179 Anm. IV a 3.

a. **Verschiedene Berechtigung bei Verteilung des Gewinns.** Die Verschiedenheit kann z. B. bestehen in einem Vorrang bei Gewinnverteilung oder auch in der Höhe des auf die einzelne Gattung zu zahlenden Gewinnanteils (KB. 59). Die Bestimmung der Satzung: „Sollte in einem oder dem anderen Jahr der Reinertrag nicht ausreichen, um den Inhabern der Namenprioritätsaktien die (gewährleistete) Dividende von 5 Prozent zu gewähren, so wird das Fehlende aus dem Reinertrag des oder der folgenden Jahre nachgezahlt und die Inhaber der Stammaktien erhalten nicht eher eine Dividende, als bis diese Nachzahlung vollständig geleistet ist" ist dahin auszulegen, daß das Recht auf Nachbezug von Gewinnanteilen dem Inhaber des Gewinnanteilscheins, nicht dem Inhaber der Aktie zusteht (ROH. 22 365, RG. **14** 170), daß das Recht auf Gewinnanteil des letztverflossenen Jahres den Vorrang vor allen Nachbezugsrechten hat (ROH. 22 367, RG. **9** 33), und daß zwischen den Nachbezugsrechten verschiedener Jahre jedes ältere den Vorrang vor dem jüngeren hat (ROH. 22 370; dagegen CosackHR. § 118 V 1). Das Nachbezugsrecht ist, nachdem es durch Gewinnausfall einmal zur Entstehung gelangt ist, eine Gläubigerforderung (§ 250 Anm. III), beruhend auf der von der Gesellschaft übernommenen Gewähr gegen Gewinnausfall, aufschiebend bedingt durch (in der Regel) das Eintreten von Überschüssen über den gewährleisteten Gewinn der folgenden Jahre (ROH. 22 368, RG. **15** 101). Der Nachbezugsberechtigte hat ebensowenig wie der einzelne Aktionär Anspruch darauf, daß die AG. ihr Unternehmen behufs Gewinnerzielung fortbetreibt (§ 213 Anm. II b 2, RG. **14** 170). Über den Widerstreit der Rechte des Inhabers der Aktie und der Rechte des Inhabers des vor Feststellung des Gewinnanteils getrennten Gewinnanteilscheins vgl. § 213 Anm. II c 4.

b. **Verschiedene Berechtigung bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens.** Vgl. § 300 Abs. 2. Eine Satzungsbestimmung: „Im Fall der Auflösung der Gesellschaft resp. Liquidation des Gesellschaftsvermögens haben die Inhaber der Stamm-Prioritätsaktien ein Prioritätsrecht an dem verteilungsfähigen Erlös für das Unternehmen, so daß sie aus diesem zunächst und vor den Inhabern der Stammaktien befriedigt werden" wurde dahin ausgelegt, daß kein Sonderrecht verletzt werde, wenn bei Verkauf des Gesellschaftsvermögens als Ganzes ohne

Liquidation (vgl. §§ 304, 306) die vorgeschriebenen Mehrheiten (§ 300 Anm. IIb 1) eine andere Art der Verteilung beschließen (RG. 14 134). Hat eine einzelne Aktiengattung ein Anrecht darauf, daß ihr der Erlös des Gesellschaftsvermögens nach einem bestimmten Verhältnis zufällt, so wird dieses Recht nicht nur dann verletzt, wenn der Gegenwert in die Liquidationsmasse der AG. fließt und dann nach anderem Verhältnis verteilt wird, sondern auch, wenn die Veräußerung des Gesellschaftsvermögens unter tatsächlicher Zuwendung des Gegenwerts an die einzelnen Anteilseigner der Aktiengattungen nach einem anderen, für sie nachteiligeren Verhältnis erfolgt (RG. 14 137).

III. **Festsetzung in der Satzung.**

a. **Allgemeines.** Eine etwaige Festsetzung von Gattungsverschiedenheiten kann nur durch Satzungsbestimmung geschehen. Nicht genügt, daß in der Satzung nur allgemein die Zulässigkeit einer Schaffung verschiedener Aktiengattungen vorgesehen ist; vielmehr sind (wie aus der Fassung des § 185 zu schließen; vgl. auch § 182 Anm. IVa) die verschiedenen Rechte jeder Gattung im einzelnen bereits in der Satzung festzustellen. In KB. 61 ist angenommen, es sei unzulässig, zu bestimmen, daß auf Antrag eines Aktionärs durch Verwaltungshandlung des Vorstandes die Umwandlung einer „Aktie" von einer Gattung in die andere erfolgen könne.

b. **Einführung einer Gattungsverschiedenheit durch Satzungsänderung.** Unbestritten ist, daß gelegentlich einer Erhöhung des Grundkapitals den neugeschaffenen Anteilrechten mittels Aufnahme einer entsprechenden neuen Satzungsbestimmung eine Gattungsverschiedenheit im Verhältnis zu den alten Anteilrechten beigelegt werden kann. Aber auch außer dem Fall der Erhöhung des Grundkapitals können Gattungsverschiedenheiten durch Satzungsänderung geschaffen werden, z. B. unter Zuzahlung des Aktionärs zur Erwerbung eines Vorzugsrechts für seinen Anteil (§ 262 Nr. 3, D. 122, RG. 14 141; dagegen nach früherem Recht KGJ. 8 16). Ob durch gewöhnlichen Satzungsänderungsbeschluß oder nur mit Zustimmung der Benachteiligten, vgl. § 275 Anm. IIIa, § 276 Anm. Vb—e.

§ 186.

Sondervorteile, Nichtbareinlagen, Übernahmen, Gründungsaufwand.

Jeder zu Gunsten einzelner Aktionäre bedungene besondere Vortheil muß im Gesellschaftsvertrag unter Bezeichnung des Berechtigten festgesetzt werden.

Werden auf das Grundkapital von Aktionären Einlagen gemacht, die nicht durch Baarzahlung zu leisten sind, oder werden vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen, so müssen der Gegenstand der Einlage oder der Uebernahme, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien oder die für den übernommenen Gegenstand zu gewährende Vergütung im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden.

Von diesen Festsetzungen gesondert ist der Gesammtaufwand, welcher zu Lasten der Gesellschaft an Aktionäre oder andere als Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung gewährt wird, im Gesellschaftsvertrage festzusetzen.

Jedes Abkommen über die vorbezeichneten Gegenstände, welches nicht die vorgeschriebene Festsetzung im Gesellschaftsvertrage gefunden hat, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

ADH. Art. 209b. **Entw. I** § 172. **Entw. II** § 184.

I. Sondervorteil eines einzelnen Aktionärs.
II. Nichtbareinlage.
III. Übernahme von Vermögensgegenständen.
IV. Gemeinsame Sicherungsvorschriften bei II u. III.
V. Gründungsaufwand.
VI. Wirkung unterlassener Satzungsfestsetzung.
VII. Ist § 25 anwendbar auf Nichtbareinlegung oder Überlassung von Geschäft mit Firma?

I. **Sondervorteil eines einzelnen Aktionärs.**

a. **Besonderer Vorteil.**

1. Unterscheidung des besonderen Vorteils (§ 186 Abs. 1) von dem Vorrecht einer Aktiengattung (§ 185).

Die Gewährung eines besonderen Vorteils an einzelne Aktionäre (§ 186 Abs. 1) ist im Gesetz unterschieden von Gewährung solcher Vorteile an eine ganze Gattung von Anteilrechten (§ 185). Im ersteren Fall muß der Berechtigte (nach seiner Person) in der Satzung bezeichnet werden, im letzteren Fall nicht. Dennoch ist nicht zweifellos, in welchem Merkmal das Gesetz den Unterschied beider Fälle findet. Man denke z. B. an den Fall, daß ein einzelner Gründer alle Aktien einer bevorzugten Gattung gemäß vorheriger Vereinbarung zu einem mit dem Ausgabebetrag der anderen Aktien übereinstimmenden Ausgabebetrag übernimmt.

Der Unterschied kann nicht etwa darin gefunden werden, daß im Fall des § 185 mehrere Anteilrechte in gleicher Weise bevorzugt sein müßten, im Fall des § 186 Abs. 1 nur ein einzelnes Anteilrecht bevorzugt sein darf. Einerseits schließt § 185 nicht aus, daß die bevorzugte Gattung nur aus einem Anteilrecht besteht (§ 185 Anm. I d); andererseits ist § 186 Abs. 1 anwendbar auch, wenn für mehrere einzelne Aktionäre gleiche Vorteile festgesetzt sind (unten Anm. I c).

Das Gesetz beschränkt seine Vorschrift nicht auf einen Vorteil besonderer Art; daher fällt unter den § 186 Abs. 1 ein Vorteil, der dem Aktionär für seine Person, unabhängig von etwaiger späterer Veräußerung des Anteilrechts eingeräumt wird, wie z. B. ein an die Person geknüpfter Gewinnanteil. Jeder nicht an die Person, sondern an das Anteilrecht geknüpfte Vorteil würde unter § 185 fallen (§ 185 Anm. I). Da nun nicht anzunehmen ist, daß das Gesetz für denselben Fall zwei voneinander abweichende Vorschriften in unmittelbarer Aufeinanderfolge geben wollte, so ergibt sich als Wesen der besonderen Vorteile des § 186 Abs. 1, daß sie an die Person des Aktionärs geknüpft sind (zust. RG. 6 II 04 HoldheimsMSchr. 165, Staub[8]-Pinner Anm. 1, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 1). Durch eine derartige Begriffsbestimmung wird eine klare Unterscheidung von dem Fall des § 185 gewonnen. Sie wird auch dadurch gestützt, daß § 192 Abs. 2 in offenbarem Anschluß an die Wortfassung des § 186 (aber unter Auslassung der im ADH. enthaltenen ausdrücklichen Zurückverweisung) von dem Bedingen eines „besonderen Vorteils" spricht, ohne daß dort als notwendig bestimmt ist, daß der Bedingende ein Aktionär ist (§ 192 Anm. II). Entsprechend § 322 Abs. 3: „besondere Vorteile" des persönlich haftenden Gesellschafters der KAG. Vgl. auch § 317: „besondere Vorteile" für Stimmen in gewissem Sinn oder Nichtstimmen.

2. Gleichzeitiges Vorliegen eines besonderen Vorteils (§ 186 Abs. 1) und einer Nichtbareinlage oder eines Überlassungsvertrages (§ 186 Abs. 2).
Das Vorliegen eines Falles des § 186 Abs. 2 (Nichtbareinlage oder Überlassungsvertrag) schließt nicht aus, daß gleichzeitig auch der Fall des § 186 Abs. 1 vorliegt (so für den Fall der Nichtbareinlage RG. 28 II 93 JW. 227[3]).

3. Unterscheidung des besonderen Vorteils (§ 186 Abs. 1) vom Gründungsaufwand (§ 186 Abs. 3). Eine Einschränkung des Begriffs der besonderen Vorteile ergibt sich aus der Vergleichung mit § 186 Abs. 3. In M. 93 ist zwischen den Fällen des § 186 Abs. 1 und Abs. 3 wie folgt unterschieden: „Der ersterwähnte berührt unmittelbar nur das Interesse der übrigen einzelnen Aktionäre. Das Vermögen der Gesellschaft wird an sich bei Festsetzung der Teilnahmerechte durch die Bevorzugung des einen Aktionärs nicht geschädigt .... Der zweite Fall trifft das Grundkapital selbst oder belastet unmittelbar die Gesellschaft, indem die Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung bei der Errichtung der Gesellschaft vorweg gegeben wird und das Grundkapital, sei es durch Hingabe von barem Geld oder geldwerten Gegenständen, sei es durch Gewährung von Aktien ohne die Pflicht zur Einzahlung oder Vollzahlung vermindert." [Das letzte vorstehend genannte Beispiel ist ein unmögliches; § 195 Anm. IV a 2.] — Nach der allgemeinen Fassung des § 186 Abs. 1 würde an sich unter

den Abs. 1 auch die Gewährung besonderer Vorteile der in § 186 Abs. 3 genannten Art an Aktionäre fallen, und die Annahme wäre nicht ausgeschlossen, daß in solchem Fall diese Vorteile gleichzeitig gemäß Abs. 1 und gemäß Abs. 3 aufzuführen sind. Aus der obigen Stelle der Motive und aus den Worten „von diesen Festsetzungen gesondert" in Abs. 3 (ebenso auch M. 98) wird indessen zu schließen sein, daß, soweit der § 186 Abs. 3 anwendbar ist, die Anwendung des § 186 Abs. 1 ausgeschlossen bleiben soll (vgl. unten Anm. V b).

4. Beispiele eines „besonderen Vorteils" sind (über Zulässigkeit § 215 Anm. I) die Zusage fortlaufender Bezüge oder einmaliger Zahlungen, z. B. der „Rückzahlung der Aktien" (Bek. d. RK. 11 XII 96 § 7 Nr. 9 RGBl. 767), d. h. der Rückzahlung des geleisteten Ausgabe- oder Nennbetrages. Ob dem Abs. 1 oder dem Abs. 3 einmalige Zahlungen unterliegen, die bereits in unmittelbarem Anschluß an den Gründungsvorgang erfolgen sollen, vgl. unten Anm. V b. Ein „besonderer Vorteil" im Sinn des Abs. 1 ist auch die Verpflichtung der AG., während gewisser Zeit ihre gesamten Erzeugnisse nur an einen bestimmten Aktionär zu verkaufen (RG. 6 II 04 HoldheimsMSchr. 165). Kein „besonderer Vorteil" dagegen ist ein satzungsmäßig mit dem Anteilrecht verknüpftes Recht des Aktionärs auf Mitgebrauch an Gesellschaftsgegenständen (dagegen Simon 283), denn „besonderer" bedeutet „außer der auf dem Anteilrecht beruhenden Berechtigung vorhanden" (unten Anm. I c), nicht „außer dem Reingewinnanspruch vorhanden". Der § 186 Abs. 1 bezieht sich nur auf Vorteile, die von der errichteten Gesellschaft gewährt werden sollen (Staub[8]-Pinner Anm. 2); er erstreckt sich nicht etwa auch auf Vorteile, die ein Gründer dem anderen gewährt. Das Vorliegen eines „besonderen Vorteils" für den Aktionär wird aber nicht dadurch ausgeschlossen, daß auch die AG. Vorteil aus der Vereinbarung zu erwarten hat (RG. 6 II 04 HoldheimsMSchr. 165).

5. Einräumung besonderer Vorteile nach Gesellschaftserrichtung. Zweifelhaft ist, ob man den § 186 Abs. 1 auch auf eine nach Errichtung der Gesellschaft erfolgte Ausbedingung von Vorteilen anzuwenden hat (unbeschadet der jedenfalls auch für diese Zeit anwendbaren Vorschrift des § 185). Dafür spricht die unbeschränkte Fassung des § 186 Abs. 1 (dafür auch Ring Nr. 2, Rudorff, Goldmann Nr. 6 und wohl auch RG. 6 II 04 JW. 182[29] und nach früherem Recht RG. 13 I 04 JW. 182[30]), dagegen — wohl entscheidend (ebenso M. 129, Pinner Anm. II) — der Zusammenhang mit dem nur auf die Zeit vor Errichtung anwendbaren Abs. 2 u. 3 § 186 (unten Anm. II e u. III d), die Nichterwähnung des § 186 in § 201 Abs. 4 Satz 1, die nur für die Zeit vor Errichtung zu rechtfertigende Beschränkung der Vorschrift des Abs. 1 auf die Gewährung von Vorteilen an Aktionäre, und die nach Ausgabe von Inhaberaktien schwere Feststellbarkeit, ob der Empfänger des Vorteils Aktionär ist; im Sinn jeder von beiden Meinungen auslegbar ist die Nichtwiederholung der Abs. 1 u. 3 § 186 bei den Vorschriften über Erhöhung des Grundkapitals, während dem Abs. 2 § 186 der § 279 entspricht. Ob eine Satzungsänderung, wonach einem Aktionär besondere Vorteile eingeräumt werden, anders als einstimmig wirksam beschlossen werden kann, vgl. § 250 Anm. II c 4.

b. **Bedungen.** Gerade das Vorliegen eines besonderen Vertrages (vgl. § 195 Abs. 2 Nr. 2), der selbständig neben dem Anteilrecht als solchem herläuft, ist wesentlich für § 186 Abs. 1 (oben Anm. I a 1). Wer bedingen, d. h. den Vertrag mit dem bevorteilten Aktionär schließen soll, ist nicht gesagt. Da zur Zeit des Vertragsschlusses noch keine Gesellschaft vorhanden ist, also nicht die Gesellschaft den Vertrag schließen kann, so kann es sich nur um ein Bedingen zwischen dem bevorteilten Aktionär und Gründern (oder Vorstandsmitglieder vor Gesellschaftserrichtung) handeln. Für die Gesellschaft wird dann dieser Vertrag nicht schon durch die „Feststellung des Gesellschaftsvertrages", sondern erst mit der Errichtung der Gesellschaft bindend und zwar vermöge der erfolgten Aufnahme der Festsetzung in die Satzung. In allen diesen Beziehungen gilt das Gleiche wie bei dem Vertrag betreffend Übernahme von Vermögensgegenständen (unten Anm. III b).

c. **Zugunsten einzelner Aktionäre.**

1. Einzelne. Streitig war früher, ob § 186 Abs. 1 Anwendung findet, wenn allen

ursprünglichen Aktionären gleiche Vorteile zugesichert sind. Die Frage ist zu bejahen (zust. Staub[8]-Pinner Anm. 3, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 5); der Ton liegt nicht auf dem „einzelne"; wesentlich ist vielmehr nur (oben Anm. I a, b), daß ein besonderer Vertrag mit Aktionären geschlossen wird, und solche Verträge können auch mit jedem Aktionär geschlossen werden. Das „besondere" bezeichnet nur das „neben dem Anteilrecht Vorhandensein".

2. Aktionäre. Nur die zu gunsten von Aktionären (d. h. Übernehmern von Grundkapitalanteilen, § 211 Anm. I a) bedungenen Vorteile fallen unter § 186 Abs. 1; der Abs. 3 enthält nicht diese Beschränkung. — Über Zuwendungen an Nichtaktionäre enthält § 186 nur die Vorschrift in Abs. 2 bezüglich Übernahmen und in Abs. 3 bezüglich Gründungsaufwand. Für nicht unter Abs. 2 oder 3 fallende Zuwendungen an Nichtaktionäre fehlt eine Vorschrift. Derartige Zuwendungen so zu gewähren, daß sie mit Errichtung der Gesellschaft unmittelbar bindend für letztere werden, erscheint daher unmöglich, denn als Regel gilt, daß die Gesellschaft erst nach ihrer Errichtung sich vertraglich binden kann, der § 186 zählt nur Ausnahmen auf. Indessen kann nach Errichtung der Gesellschaft der Vorstand — unter seiner Verantwortung — derartige Zuwendungen an Nichtaktionäre bewirken, und es steht nichts im Weg, ihn hierzu schon durch Bestimmung der ursprünglichen Satzung ausdrücklich zu ermächtigen.

II. **Nichtbareinlage.**

a. **Begriff.**

1. Nichtbareinlage ist eine Art Einlage. Einlage vgl. § 105 Anm. I h. Der § 186 Abs. 2 behandelt nur den Fall einer Einlage „auf das Grundkapital" (§ 178 Anm. III). Nichtbareinlage (sog. „Sacheinlage") ist jede Einlage „auf das Grundkapital", die nicht durch Barzahlung (§ 195 Anm. IV d) geleistet wird.

2. Möglicher Gegenstand einer Nichtbareinlage. Gegenstand der Einlage kann jeder Wertgegenstand sein (§ 105 Anm. I h 2); jeder „Gegenstand" (§ 186 Abs. 2), nicht nur jede körperliche „Sache" (BGB. § 90). So z. B. auch ein Recht. Oder eine Forderung gegen den Nichtbareinleger aus seiner Gewähr für eine bestimmte Höhe des Reingewinns während der nächsten Jahre (ObLG. München 12 IV 02 OLGRspr. 5 282). Oder der Erlaß einer Forderung des Grundkapitalanteil-Übernehmers gegen die Gesellschaft (RG. 42 4). Oder das Abschließen eines Mietvertrages (Esser Anm. 2). Ob ein Aufrechnungsvertrag die Nichtbareinlegung der gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung des Einlegers enthält, vgl. unten Anm. II b. Bestritten ist, ob das Versprechen der Hingabe eines eigenen Wechsels als mögliche Nichtbareinlage zuzulassen, oder ob hierin überhaupt keine „Einlage" (= Einlageversprechen) zu finden ist. Für ersteres H. Makower in ZHR. **36** 446, weil der Wechsel ein Wertpapier sei; ebenso CosackHR. § 117 III 2, der allgemein annimmt, daß der Aktionär als Nichtbareinlage eine erst durch das Einlageversprechen begründete Forderung der Gesellschaft an den Aktionär einlegen könne; ferner auch RGSt. **36** 186, wo ein eigner Sichtwechsel als mögliche Einlage vorausgesetzt wird. Dagegen Pemsel in ZHR. **36** 44, Staub[8]-Pinner Anm. 6, weil Einlage nur sein, d. h. als Einlage nur versprochen werden könne, was schon vor der Abgabe des Einlageversprechens einen Vermögenswert darstelle; dagegen auch Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 12. Die Ansicht, daß „Einlage" nicht sein könne, was erst durch Abgabe des Einlageversprechens einen Vermögenswert erhalte, ist nicht zu billigen (vgl. RG. 18 I 01 JW. 147[19]), denn dann könnten auch Arbeitsleistung oder Einräumung eines Rechts auf Nutzung der Sache des Gesellschafters oder Übernahme einer Verpflichtung durch lästigen Vertrag nicht Gegenstand der Einlage sein. Jeder der drei letzterwähnten Vermögenswerte kann aber Gegenstand einer „Einlage" sein (§ 105 Anm. I h), nur daß nach herrschender Meinung Arbeitsleistungen nicht Gegenstand einer „Einlage auf das Grundkapital" sein können (§ 178 Anm. III). Dennoch ist der Ansicht der Vorzug zu geben, daß bei der AG. ein eigener Wechsel nicht Gegenstand einer Nichtbareinlage sein kann (vgl. RG. **49** 26); aber nicht aus obigem Grund, sondern weil die Hingabe des eigenen Wechsels nur eine Verbriefung eines Bareinlageversprechens enthält, der größte Teil der Vorschriften des HGB. über

Bareinlagen aber leicht umgangen werden könnte, wenn diese Vorschriften durch den Umstand allein, daß eine Verbriefung der Einlegungsschuld vorgenommen wird, außer Anwendung gesetzt würden.

3. Einleger (d. h. zur Einlegung sich Verpflichtender) kann nur ein Mitglied sein; legen alle Gewerken einer Gewerkschaft ihre sämtlichen Kuxe in eine von ihnen gegründete AG. ein, so sind die Gewerken, nicht die Gewerkschaft, Aktionäre und Einleger; eine etwa gleichzeitig beurkundete Überlassung des Bergwerkseigentums an die AG. enthält einen von jener Einlegung zu unterscheidenden Übernahmevertrag zwischen der Gewerkschaft und der AG. (RG. **44** 281). — Nicht erforderlich ist, daß zur Zeit des Einlageversprechens oder später das Einzulegende im Eigentum des Versprechenden steht; so kann z. B. auf Anweisung des Versprechenden ein Dritter unmitelbar das Eigentum am einzulegenden Gegenstand auf die AG. übertragen (ObLG. München 22 VI 00 EntschFG. 1 149 KGJ. 20 D 29 OLGRspr. 1 249).

b. **Übernahme unter Vergütungsanrechnung auf Bareinlage.** Als eine Übernahme, nicht als eine Nichtbareinlage, bezeichnet § 279 die Übernahme mit Abrede der Anrechnung der Vergütung auf die Bareinlage des Überlassers. Der § 279 enthält für den Fall der Erhöhung des Grundkapitals Bestimmungen, die denjenigen entsprechen, welche in § 186 Abs. 2 für das ursprüngliche Grundkapital bei Gesellschaftserrichtung vorgesehen sind; indessen nur betreffs Nichtbareinlage und betreffs Übernahme unter Vergütungsanrechnung auf Bareinlage, nicht auch betreffs sonstiger Übernahme. Diese Gleichstellung des Falles der Übernahme unter Abrede der Vergütungsanrechnung auf Bareinlage mit dem Fall der Nichtbareinlage ist aber zu verallgemeinern, denn wenn gleichzeitig mit dem Bareinlageversprechen (später wäre es unzulässig, § 221) verabredet wird, daß nicht bar eingelegt, sondern angerechnet werden soll, so liegt von Anfang an nur ein Nichtbareinlageversprechen vor, und auf die zufällig gewählte Fassung kann es nicht ankommen. So wurde mit Recht als Nichtbareinlageversprechen aufgefaßt das Versprechen einer Bareinlage unter gleichzeitiger Gestattung der Aufrechnung mit einer Forderung gegen die Gesellschaft (RG. **42** 4; vgl. auch § 221 Anm. III). — Über die Vereinbarung, daß gegen Überlassung teils Aktien, teils eine bestimmte Vergütung gewährt werden soll, vgl. unten Anm. II c.

c. **Kein von dem Einlageversprechen zu trennender Vertrag zwischen Nichtbareinleger und Gesellschaft.**

1. Gewöhnliche Nichtbareinlage. Der Nichtbareinleger steht dem Bareinleger gleich bezüglich der Art wie und der Zeit wann das von ihm vor Errichtung der Gesellschaft abgegebene Einlageversprechen zugunsten der Gesellschaft in Kraft tritt. Die Zusage einer Nichtbareinlage ist, ebenso wie die Zusage einer Bareinlage, ein unter der aufschiebenden Bedingung der Gesellschaftserrichtung abgegebenes Einlageversprechen, und in beiden Fällen liegt in der den Beweggrund einer Billigung des Einlageversprechens seitens der Miterrichter voraussetzenden Vornahme der Errichtungshandlung (§ 188 Anm. I) nur die Herbeiführung der bedingenden Tatsache, nicht aber der Abschluß eines neuen gesonderten Vertrages der errichteten Gesellschaft mit dem Einleger (RG. VerZS. 2 307, RG. **45** 104, RG. 12 I 01 JW. 142[9], OLG. Dresden 29 V 00 KGJ. 20 D 23); die errichtete Gesellschaft erwirbt die Rechte aus dem Nichtbareinlage-Versprechen unmittelbar mit der Errichtung (vgl. § 188 Anm. II c). Die Beifügung, daß der Nichtbareinleger für seine Einlage Grundkapitalanteile in bestimmter Höhe übernimmt, hat nur die Bedeutung einer ungefähren Schätzung des Wertes der Einlage durch Messung dieses Wertes an dem allgemeinen für die Einteilung des Grundkapitals benutzten Wertmaß (RG. 2 306, **45** 104), wodurch sich dann die Verhältniszahlen für die Beteiligung jedes einzelnen Einlegers am Grundkapital ergeben. Durch die Erwähnung in der Satzung wird aber die Bindung des Einlegers betreffs Übernahme von Grundkapitalanteilen nicht Bestandteil der Satzung (RG. **45** 104). — Nur tatsächlich unterscheidet sich das Versprechen einer Bareinlage von demjenigen einer Nichtbareinlage darin, daß ersteres stets kurz sein wird, letzteres aber unter Umständen eine große Reihe von beschränkenden oder ergänzenden Nebenbestimmungen enthalten kann und daher häufig in eine Fassung gebracht wird, die den bei Verträgen

üblichen Fassungen ähnelt. Auch besteht in der Regel im Verhältnis einzelner Beteiligter untereinander ein Vorvertrag über demnächstige Vereinserrichtung oder ein Vereinserrichtungsvertrag, und es ist möglich, daß hierin Abreden über Nichtbareinlegung zu genauerer Feststellung kommen (§ 182 Anm. II b 1). Nur in diesem Sinn ist in Anwendung auf Nichtbareinlagen (anders in den übrigen Fällen des § 186; § 182 Anm. II b 2) die Bestimmung des § 195 Abs. 2 Nr. 2 (entsprechend auch § 284 Abs. 2 Nr. 2, § 305 Abs. 2) auszulegen, daß „im Falle des § 186 die Verträge, welche den dort bezeichneten Festsetzungen zu Grunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind" der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister beizufügen sind.

2. Überlassung gegen Vergütung auf Bareinlage. Das zu 1 bezüglich der Nichtbareinlage Gesagte ist auch auf diejenige Übernahme anzuwenden, für welche die Anrechnung der Vergütung auf Bareinlage vereinbart ist (oben Anm. II b; vgl. RG. 24 22). Anders dagegen bei sonstigen Übernahmen (unten Anm. III b).

3. Mischung von Nichtbareinlage und Überlassungsvertrag. Ist bestimmt, daß der Einlegende in Höhe eines Teiles des eingelegten Wertes Aktien, in Höhe eines anderen Teiles eine sonstige Vergütung (z. B. durch Barzahlung oder Schuldübernahme) erhalten soll, so liegt ein gemischtes Rechtsgeschäft vor; in dem ersten Teil liegt eine Nichtbareinlage, in dem zweiten Teil ein Übernahmevertrag (RG. 27 V 95 JW. 332[20], RG. 51 389).

d. **Einwirkung der Einbringung auf Rechte Dritter.** Inwieweit durch das (forderungsrechtliche) Einlageversprechen oder durch die (sachenrechtliche) Einbringung Rechte Dritter an den versprochenen oder eingelegten Gegenständen berührt werden, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Hiernach bleibt das Recht Dritter unberührt durch das Einlageversprechen; es bleibt unberührt durch die Einbringung, soweit der errichteten Gesellschaft nicht die Grundsätze über den Rechtserwerb gutgläubiger Dritter (§ 366) zur Seite stehen. Gehörten z. B. einzelne eingebrachte Sachen nicht den Einbringern, oder ruhten auf ihnen dingliche Rechte, so ist (mit obiger Beschränkung) der Eigentümer bezw. der dinglich Berechtigte unbehindert, seine Ansprüche gegen die Gesellschaft zu verfolgen; dasselbe gilt von einem Anfechtungsanspruch wegen Benachteiligung der Gläubiger des Einbringers durch die Einbringung (RG. 24 24).

e. **Unanwendbarkeit auf die Zeit nach Errichtung.** Die Bestimmung des § 186 Abs. 2 über Nichtbareinlagen enthält keine ausdrückliche Beschränkung auf die Zeit der Gesellschaftserrichtung. Da jedoch bei Gesellschaftserrichtung die Art der Einlage bereits feststehen muß (§§ 188, 195 Abs. 3), und eine nachträgliche Übernahme in Anrechnung auf die Einlage ausgeschlossen ist (§ 221 Satz 2), da ferner für den Fall der Erhöhung des Grundkapitals besondere Bestimmungen gelten (§ 279), so ist die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 186 Abs. 2 über Nichtbareinlagen tatsächlich dennoch auf den Fall der nicht baren Einlage bei Gesellschaftserrichtung beschränkt. Ein zwischen den Gleichgründern nach erfolgter Errichtung durch Gleichgründung aber vor Eintragung der Gesellschaft geschlossener Nachtragsvertrag, wonach ein Aktionär statt der ursprünglich vereinbarten Bareinlage eine Nichtbareinlage leisten und demgemäß die Satzung abgeändert sein solle, ist unwirksam gegenüber der Gesellschaft, da die Gründer nicht die Gesellschaft vertreten können, und die Gesellschaft bereits gleichzeitig mit der Errichtung das Recht auf die vereinbarte Bareinlage erworben hat (vgl. RG. 21 244), auch eine nachträgliche Änderung der Barzahlungspflicht unzulässig ist (§ 221). Entsprechend auch bei Stufengründung. Ein solcher Vertrag kann jedoch unter Umständen dahin ausgelegt werden, daß davon, die ursprünglich errichtete Gesellschaft zur Entstehung als AG. zu bringen, Abstand genommen und statt dessen eine neue Gesellschaft mit anderen Einlagen errichtet werde (RG. 21 248). Bei Stufengründung ist eine Änderung der in der Satzung festgesetzten Bareinlage in eine Nichtbareinlage selbst vor Errichtung nur mit Einwilligung aller, auch der nicht in der errichtenden Generalversammlung erschienenen Zeichner zulässig. Über die Frage, ob die Ausnahmebestimmung des § 196 Abs. 5 auf eine völlig neue Aufnahme von Festsetzungen der in § 186 vorgesehenen Art auszudehnen ist, vgl. § 196 Anm. III b 3.

III. **Übernahme von Vermögensgegenständen.**

a. **Begriff.**

1. Übernahme. Unerheblich ist (hierin liegt ein Unterschied vom Fall des § 279), von wem die zu errichtende Gesellschaft übernimmt, ob von einem „Aktionär“ (d. h. Übernehmer eines Grundkapitalanteils, § 211 Anm. Ia) oder von einem Dritten, außer wenn im ersteren Fall gleichzeitig die Anrechnung der Überlassungsvergütung auf die Einlage vereinbart wird (oben Anm. IIb). Nicht nur der Vertrag über eine sofort zu bewirkende Übernahme, sondern auch ein bedingter oder befristeter Übernahmevertrag fällt unter § 186 Abs. 2 (KGJ. 10 32). Die Gesellschaft kann vor ihrer Errichtung überhaupt keinen sie endgültig bindenden Übernahmevertrag schließen (RG. 36 111); die Wirksamkeit jedes vorher geschlossenen Übernahmevertrages für die Gesellschaft ist vielmehr, ebenso wie überhaupt die Wirksamkeit der festgestellten Satzung (§ 182 Anm. IIIa) aufschiebend bedingt durch die Errichtung der Gesellschaft, tritt aber mit der Errichtung unmittelbar ein, ohne daß es eines erneuten Vertragsabschlusses mit der Gesellschaft bedarf (RG. 18 65). — Andererseits liegt „Übernahme“ nur vor, wenn ein endgültiger Vertrag geschlossen ist; nicht genügend ist ein fertiger Entwurf zu einem erst nach Eintragung der AG. abzuschließenden Vertrag (dagegen KG. 6 X 02 KGJ. 25 A 86 OLGRspr. 7 152). Letzteres ist vielmehr ein Fall der Nachgründung (§ 208 Anm. Ia).

2. Anlagen, Vermögensgegenstände. Der Begriff der „Anlage“ im § 186 Abs. 2 ist gleichbedeutend mit dem Begriff der „dauernd zum Geschäftsbetrieb bestimmten Anlage“ in § 207 und § 261 Nr. 3; die Hinzufügung der erläuternden (D. 130) Worte war in § 186 nicht erforderlich, weil hier für alle Vermögensgegenstände (oben Anm. IIa) dasselbe verordnet ist, und die Anlagen nur als Beispiel genannt sind (§ 208 Anm. IIa). Der § 186 Abs. 2—4 bezieht sich nicht nur auf vorhandene, sondern auch auf erst künftig herzustellende Gegenstände. Gegenstand der Übernahme (abweichend von der Einlage, § 178 Anm. III) können auch Dienste sein (Lehmann, Recht der AG. 1 375 gegen Behrend § 107 bei Anm. 13).

b. **Übernahmevertrag.** Während im Fall der Einlegung (baren oder nicht baren und „Übernahme“ mit Vergütungsanrechnung) nicht von einem „Vertrag“ zwischen dem Einleger und der errichteten Gesellschaft gesprochen werden kann (oben Anm. IIc, § 182 Anm. IIb 2, § 188 Anm. I), handelt es sich bei der Übernahme (ohne Vergütungsanrechnung auf Einlage) um einen wirklichen Vertrag mit dem Überlasser. Wer den Vertrag mit dem Überlasser abschließt, dafür kann eine allgemeine Regel nicht gegeben werden. Mitunter tun dies alle Feststeller der Satzung, mitunter nur einzelne Gründer, mitunter selbst Nichtgründer. Der Vertrag kann auch inhaltlich verschieden sein. Meist wird er aufzufassen sein als ein Vertrag zu gunsten eines Dritten (der zu errichtenden Gesellschaft) mit der Abrede unmittelbaren Rechtserwerbs seitens der zu errichtenden Gesellschaft unter der Voraussetzung und aufschiebenden Bedingung der Errichtung (BGB. § 328). Die Rechte, welche von der Gesellschaft so erworben werden, sind — im Unterschied vom Fall der Einlage — vertragliche Rechte; bei Übernahme besteht daher auch zwischen Überlasser und Gesellschaft ein vertragliches Verhältnis.

c. **Vergütung.** Die wahre (und daher in der Satzung festzusetzende) Vergütung ist die von allen Vertragschließenden des Übernahmevertrages gewollte (RGSt. 18 108; vgl. RG. 26 37). Ist zwischen dem Überlasser und einem anderen Vertragschließenden, ohne Wissen der übrigen Beteiligten vereinbart, daß ein Teil der von der Gesellschaft zu gewährenden Vergütung seitens des Überlassers jenem anderen Vertragschließenden gezahlt werden solle, so ist eine Zustimmung des letzteren zu der Gewährung der vollen in der Satzung genannten Vergütung an den Überlasser nicht als unbedingte vorhanden. Würde in solchem Fall in der Satzung die Gewährung der vollen Vergütung ohne Erwähnung des Nebenvertrages festgesetzt, so wäre diese Festsetzung eine unvollständige und mithin der Gesellschaft gegenüber unwirksame (§ 186 Abs. 4), die Unterlassung der Erwähnung in der Gründererklärung (§ 191) würde unter Umständen auch strafbar sein (§ 313 Abs. 1 Nr. 1, RGSt. 18 111).

d. **Übernahme nach Errichtung.** Der auf Übernahmen bezügliche Teil des § 186 Abs. 2 enthält

eine ausdrückliche Beschränkung auf eine zu errichtende Gesellschaft. Für Übernahmen nach Errichtung kommen in Betracht nur die beschränkenden Bestimmungen über Nachgründungen (§§ 207, 208) und über eine unter Anrechnung auf Einlagen erfolgte Übernahme bei Erhöhung des Grundkapitals (§ 279). Insoweit die Voraussetzungen für diese Bestimmungen im Einzelfall nicht zutreffen, unterliegt eine Übernahme nach Errichtung der Gesellschaft, keinen anderen Vorschriften als den allgemeinen für jeden Vertrag (RG. 41 125), gleichgültig ob der Überlasser Aktionär ist oder nicht (vgl. jedoch § 207). Über eine vor Errichtung getroffene Vereinbarung, daß erst nach Errichtung ein Übernahmevertrag seitens der AG. abgeschlossen werden soll, vgl. § 208 Anm. Ia.

IV. **Gemeinsame Sicherungsvorschriften bei Nichtbareinlagen und bei Übernahmen.** Liegt der Fall des § 186 Abs. 2 vor, so sind (§ 186 Abs. 2) in der Satzung festzusetzen:

1. der eingelegte oder übernommene Gegenstand,
2. die Person des Einlegers oder Überlassers,
3. die gewährten Grundkapitalanteile bzw. die gewährte Vergütung.

Dieselben Festsetzungen müssen in den Zeichnungsschein aufgenommen werden (§ 189 Abs. 3 Nr. 1). Die in § 191 vorgeschriebene Gründererklärung ist abzugeben. Eine Prüfung des Gründungsherganges durch Revisoren ist erforderlich (§ 192 Abs. 2). Die zu grund liegenden Verträge sind bei der Anmeldung miteinzureichen (§ 195 Abs. 2 Nr. 2). Bei der im Fall der Stufengründung (§ 189) zu berufenden errichtenden Generalversammlung muß auch eine Mehrheit der nicht gemäß § 186 bevorrechtigten Aktionäre für die Errichtung stimmen (§ 196 Abs. 4). Die getroffenen Festsetzungen sind vom Registergericht nach Eintragung der Gesellschaft zu veröffentlichen (§ 199 Nr. 1). Für Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben haften die Gründer (§ 202 Abs. 1) und die Ausgeber (§ 203), für bösliche Schädigungen der Gesellschaft durch derartige Einlagen oder Übernahmen die Gründer (§ 202 Abs. 1, 2) und jeder zu dieser Schädigung wissentlich mitwirkende Dritte (§ 202 Abs. 4 Nr. 2). — Die gemäß § 186 Abs. 2 in die Satzung aufgenommenen Bestimmungen können — selbst nach Ablauf der Frist des § 206 — nicht durch Satzungsänderung gestrichen werden, außer wenn die Einlegung oder Übernahme auch sachlich rückgängig gemacht, deren Gegenstand also nicht in das Gesellschaftsvermögen gelangt oder wieder ausgeschieden ist (OLG. Dresden 29 V 00 EntschFG. 1 60 KGJ. 20 D 24 OLGRspr. 1 204, KG. 18 I 04 KGJ. 27 A 226).

V. **Gründungsaufwand.**

a. **Allgemeines.** Der § 186 Abs. 3 behandelt das zu Lasten der Gesellschaft, der § 186 Abs. 1 das in Beeinträchtigung der Gleichberechtigung anderer Aktionäre Gewährte (oben Anm. Ia 3); der Abs. 3 unterscheidet nicht, ob ein Aktionär oder ein Dritter der Empfänger ist, der Abs. 1 behandelt nur die Zuwendung eines Vorteils an einen Aktionär. Im Fall des Abs. 3 ist abweichend von den Fällen der Absätze 1 und 2 nur der Gesamtaufwand, ohne Nennung der einzelnen Empfänger und ohne Erwähnung der einzelnen zugewendeten Beträge, in der Satzung zu vermerken; doch muß dann bei Anmeldung der Gesellschaft eine Berechnung des der Gesellschaft zur Last fallenden Gründungsaufwandes, in der die Vergütungen nach Art und Höhe und die Empfänger einzeln aufzuführen sind, eingereicht werden (§ 195 Abs. 2 Nr. 2). — Wirksam, auch ohne Satzungsänderung, ist ein Vertrag, durch den die bereits errichtete AG. sich von einem Gründer oder von einem Dritten den Ersatz von Gründungskosten versprechen läßt (RG. 59 424). Nicht unter allen Umständen liegt in einem solchen Vertrag eine Schenkung (RG. 59 425).

b. **Gewährter Aufwand.** Die herrschende Meinung rechnet hierzu jede Art der Gegenleistung, nicht nur das in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit den Gründungsvorgängen zu Gewährende, sondern auch das Versprechen der Leistung zu späterer Zeit, z. B. auch die Einräumung fortlaufender Gewinnbezüge (Staub[8]-Pinner Anm. 11, Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 25). Wollte man einer so weiten Auslegung folgen, so würde für den § 186 Abs. 1 kaum irgend ein selbständiger Inhalt übrig bleiben, da (oben Anm. Ia 3) Abs. 1 nicht anwendbar ist, soweit Abs. 3 zur Anwendung kommt. Deshalb muß „Aufwand, welcher gewährt wird", enger ausgelegt werden. Das „gewährt wird" deutet nur auf den künftigen Zeitpunkt der Errichtung oder der Entstehung der Gesellschaft, nicht aber darüber hinaus.

Wird daher ein persönliches Recht auf fortlaufende Gewinnbezüge einem Aktionär eingeräumt, so wird anzunehmen sein, daß dies unter § 186 Abs. 1, nicht Abs. 3, fällt, selbst wenn jene Einräumung als Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung erfolgt ist. Im Fall einmaliger Zahlungen an Aktionäre wird zu unterscheiden sein, ob diese Zahlungen in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit den Gründungsvorgängen oder erst zu späterer Zeit erfolgen sollen; in ersterem Fall werden sie unter Abs. 3, in letzterem unter Abs. 1 zu rechnen sein. Wird ein Recht auf fortlaufende oder ohne unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit den Gründungsvorgängen stehende einmalige Zahlungen einem Nichtaktionär eingeräumt, so ist § 186 nicht anwendbar, denn er enthält keine diesen Fall treffende Bestimmung; wie in solchem Fall zu verfahren, vgl. oben Anm. I c 2.

c. **Unkosten zwischen Satzungsfeststellung und Eintragung.** Aufzuwerfen ist die Frage, wie diejenigen Unkosten zu behandeln sind, die zwischen Feststellung der Satzung und Eintragung der Gesellschaft entstehen. Einige dieser Unkosten sind in gewissen Fällen unvermeidbar, andererseits ist doch nicht deren genauer Betrag vorauszusehen. So bezüglich der Vergütung der Revisoren, der Kosten der Zeichnung, der Berufung der den Aufsichtsrat und Vorstand wählenden und der errichtenden Generalversammlung. Es ist anzunehmen, daß auch diese Unkosten unter den Begriff einer „Entschädigung für die Gründung oder deren Vorbereitung“ fallen und daher gemäß § 186 Abs. 3 in der Satzung mit zu berücksichtigen sind. Und zwar in Höhe eines Voranschlags (Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 26); anderenfalls würde ein Kreislauf geschaffen, der stete Änderung der Satzungsfeststellung und infolge dieser Änderung wieder das Entstehen neuer Unkosten nötig machen würde.

VI. **Wirkung eines Unterlassens der vorgeschriebenen Festsetzung.** Nach § 186 Abs. 4 hat das Unterlassen der vorgeschriebenen Festsetzung in der Satzung die Folge, daß das Abkommen über Sondervorteile eines Aktionärs, Nichtbareinlagen, Übernahmen oder Gründungsaufwand unwirksam gegenüber der Gesellschaft ist. Im Verhältnis der einzelnen Gründer, Miterrichter, Einleger, Überlasser, Aufwandsempfänger untereinander bleibt dagegen das Abkommen wirksam (RG. 36 111), und es hängt von dem Inhalt des letzteren ab, wieweit daraus etwa Ansprüche jener Personen gegeneinander sich herleiten lassen (M. 98). Aus der allgemeinen Fassung des § 186 Abs. 4 wird zu schließen sein, daß auch, soweit ein nicht gehörig in der Satzung festgesetztes Abkommen vorteilhaft für die Gesellschaft sein würde, es für sie unwirksam ist (abweichend RG. 12 I 01 JW. 142[9]), so daß ebensowenig die Gesellschaft wie der andere sich auf ein solches Abkommen stützen kann. Zu beachten ist, daß § 186 Abs. 2 und 3 nur Festsetzung bestimmter wesentlicher Punkte fordern, und daß § 186 Abs. 4 nur auf die Erfordernisse des § 186 Abs. 1—3 zurückverweist, also in den Fällen des § 186 Abs. 2 und 3 nicht etwa die Aufnahme des ganzen Abkommens mit allen Nebenabreden in die Satzung verlangt (vgl. auch RG. 21 247). Hieraus ist durch Gegenschluß zu folgern, daß wenn nur jene bestimmten Punkte des Abkommens in die Satzung aufgenommen sind, das ganze Abkommen, einschließlich der nicht aufgenommenen Nebenabreden, wirksam für die Gesellschaft wird (dagegen wohl CosackHR. § 115 III 2a). (In dieser Beziehung genügen die Sicherungsvorschriften der §§ 191, 192 Abs. 2, 195 Abs. 2 Nr. 2, 202, 203). Auch bezüglich der Nebenabreden und etwa erteilter Zusicherungen ist indessen zu unterscheiden zwischen denen, die als Teil des mit der Absicht einer Wirkung für die Gesellschaft getroffenen Abkommens aufzufassen sind, und denen, die nur im Verhältnis eines Miterrichters oder Mitvertragschließenden zu einer anderen einzelnen Person und nicht mit der Absicht der Bindung gegenüber der Gesellschaft abgegeben sind. Erstere gelten für und gegen die Gesellschaft, letztere nicht (RG. 18 66ff.; nicht allen Ausführungen des Urteils ist zuzustimmen). — Der Mangel der unterlassenen Festsetzung in der Satzung wird nicht durch formlose Genehmigung seitens der AG., sondern nur durch nachträgliche Aufnahme in die Satzung auf Grund eines Satzungsänderungsbeschlusses geheilt (RG. 6 II 04 HoldheimsMSchr. 165).

VII. **Ist § 25 anwendbar auf Nichtbareinlegung oder Überlassung eines Handelsgeschäfts mit Firma an die AG.?** Dies wird zu bejahen sein. Denn der Vorschrift des § 186 ist durch Erwähnung des Handelsgeschäfts mit Firma als Gegenstand der Einlage oder Übernahme

genügt; ob zu diesem Handelsgeschäft auch Schulden gehören und ob sie durch die beabsichtigte Firmenfortführung übergehen, ist Gegenstand der Prüfung des Gründungshergangs. Der § 186 enthält daher keine Sondervorschrift, die dem § 25 entgegenstände. Eine „Fortführung der Firma" im Sinn der §§ 21 ff. liegt — wie sich aus § 22 Abs. 1 Satz 2 verglichen mit Satz 1 ergibt — selbst dann vor, wenn der Zusatz „Aktiengesellschaft" neu aufgenommen wird. — Zweifelhaft kann nicht sein, daß § 25 Anwendung findet, wenn eine bereits bestehende AG. ein Handelsgeschäft mit Firma (§ 182 Anm. IV b 1) übernimmt — was auch nach herrschender Ansicht mindestens dann möglich ist, wenn die AG. ihre bisherige Firma in die neu übernommene ändert.

§ 187.

Gründer.

Die Aktionäre, welche den Gesellschaftsvertrag festgestellt haben oder andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen machen, gelten als die Gründer der Gesellschaft.

ADH. Art. 209 c. **Entw. I** § 173. **Entw. II** § 185.

I. **Wer ist Gründer?** Nach § 187 sind Gründer die Aktionäre (§ 211 Anm. I a), die entweder bei Satzungsfeststellung (§ 182 Anm. III) mitgewirkt haben oder sich zu einer Nichtbareinlage (§ 186 Anm. II a) verpflichten. Der § 187 beruht auf einem Beschluß der Reichstagskommission, die darauf Wert legte, den Nichtbareinleger neben den Satzungsfeststellern zum Gründer zu machen (KB. 5). Ob zur Erreichung dieses Zwecks die besondere Erwähnung der Nichtbareinleger neben den Satzungsfeststellern erforderlich war, kann zweifelhaft sein. Der § 188 Abs. 2 erweitert nicht den Kreis der Gründer (§ 188 Anm. III b 3). Daraus folgt, daß bei Gleichgründung kein Nichtbareinleger vorkommen kann, der nicht gleichzeitig Satzungsfeststeller ist, daß mithin die besondere Erwähnung der Nichtbareinleger als Gründer jedenfalls nicht für den Fall der Gleichgründung Bedeutung haben kann. Ob für den Fall der Stufengründung, vgl. § 189 Anm. III a 2. — Über die Folgen des Todes eines Gründers vor Eintragung der AG. vgl. § 195 Anm. I b. — Auch Übernehmer von Grundkapitalanteilen für fremde Rechnung können Gründer sein (§ 182 Anm. II c). — Der gesetzliche Vertreter, der namens eines Geschäftsunfähigen gehandelt hat, ist nicht seinerseits Gründer; doch ist die von Gründern handelnde Vorschrift des § 192 über die Notwendigkeit der Revision des Gründungshergangs entsprechend auf ihn anwendbar (§ 192 Anm. II a).

II. **Inwieweit sind die Gründer Vertreter der AG.?** Das RG. 8 VII 03 JW. 343[4] (nach früherem Recht) bezeichnet die Gründer als innerhalb des den Entstehungshergang umfassenden Geschäftskreises Vertreter der AG. Dies ist nur zutreffend mit den aus § 200 sich ergebenden Beschränkungen; auch ist zu beachten, daß nicht jede Abrede der Gründer die Gesellschaft bindet (§ 186) und daß die Übernahme von Grundkapitalanteilen nicht als Vertrag mit der von den Gründern vertretenen AG. aufgefaßt werden darf (§ 182 Anm. II b 2).

§ 188.

Gleichgründung.

Uebernehmen die Gründer alle Aktien, so gilt mit der Uebernahme der Aktien die Gesellschaft als errichtet.

Soweit die Uebernahme nicht schon bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrags erfolgt, kann sie in einer besonderen gerichtlichen oder notariellen Verhandlung unter Angabe der Beträge, welche die einzelnen Gründer noch übernehmen, bewirkt werden.

ADH. Art. 209 d. **Entw. I** § 174. **Entw. II** § 186.

I. Errichtungshandlung.
II. Errichtung der Gesellschaft.
III. Gleichgründung.
a. Begriff. b. Form. c. Wirkung.

I. **Errichtungshandlung** (bei Gleich- oder Stufengründung). Die Errichtungshandlung ist für die AG. dasjenige, was dem Gesellschaftsvertrag bei der gemeinbürgerlichen Gesellschaft, der offenen Handels- und der Kommanditgesellschaft entspricht. Die Errichtungshandlung ist jedoch kein Gesellschaftsvertrag im Sinn des BGB., weil die AG. überhaupt keine Gesellschaft im Sinn des BGB. ist (Vorbem. II vor § 178). Die Errichtungshandlung bei der AG. ist vielmehr ein besonderer Fall der Errichtungshandlung bei Vereinen (RG. 18 66). Ob die Vereinserrichtung ein Vertrag (insbesondere ein Vertrag über Leistung an einen Dritten mit dessen sofortigem Rechtserwerb, BGB. § 328) ist oder eine eigenartige Form der Begründung von Schuldverhältnissen darstellt, ist bestritten (dahingestellt RG. 18 66, 24 23, RGSt. 31 404; für erstere Ansicht RG. 41 283: „Aktiengesellschaftsvertrag", bei Beitritt nach Errichtung RG. 60 412: „Aufnahmevertrag"; für letztere Ansicht RG. VerZS. 31 21, Rechtsprechung des RG. bei Nichtbareinlegung § 186 Anm. II c, Lehmann RdAG. 1 348, CosackHR § 115 V 2 d, h; vgl. auch § 182 Anm. II b). In einer einheitlichen Handlung (Übernahme bei Gleichgründung, Errichtungsbeschluß bei Stufengründung) schaffen die Handelnden die (abgesehen von Anmeldung und Eintragung) letzte einer Reihe von Voraussetzungen für das Bestehen der AG. und erklären sich gleichzeitig zu deren Mitgliedern mit den aus der Satzung und der Übernahmeerklärung oder Zeichnung jedes einzelnen sich ergebenden Rechten und Pflichten (RG. 31 21). Die Anteilrechte entstehen bereits gleichzeitig mit der Gesellschaftserrichtung (RG. 41 13); darum kann es nicht so angesehen werden, als sei die errichtete Gesellschaft nur vertraglich zur Einräumung jener Anteilrechte als einer Gegenleistung für das Einlageversprechen verpflichtet (RG. 31 21; vgl. 40 49). Das Anteilrecht jedes Grundkapitalanteil-Übernehmers steht ihm nicht vermöge eines Anspruchs gegen die Miterrichter zu, sondern ist eine sich von selbst ergebende Folge seiner eigenen Mitwirkung bei Errichtung (RG. 31 23). — Der Errichtungshandlung kann ein Vorvertrag über Vereinserrichtung vorhergehen, abgeschlossen zwischen einzelnen oder allen Beteiligten, und nur Rechte zwischen diesen erzeugend (§ 182 Anm. II b 1).

II. **Errichtung der Gesellschaft.**

a. **Zeitpunkt.** Die Errichtung ist die vom Gesetz an die Errichtungshandlung (Anm. I.) geknüpfte Wirkung (RG. 31 21). Die Errichtung erfolgt unmittelbar mit der Errichtungshandlung; nicht bereits durch die „Feststellung des Gesellschaftsvertrages" (§ 182 Anm. III a). Bei Gleichgründung erfolgt die Errichtung mit der in vorgeschriebener Form geschehenden Übernahme aller Grundkapitalanteile durch die Gründer (§ 188 Anm. III a), bei Stufengründung erst durch Beschluß der errichtenden Generalversammlung (§ 196 Abs. 4).

b. **Rechtsstellung der Gesellschaft zwischen Errichtung und Entstehung.** Durch die Errichtung entsteht ein Verein, nicht (was RG. 58 56, RGSt. 36 73, Staub[8]-Pinner Anm. 4 annehmen, vgl. auch Sachau ZHR 56 446, 461) eine gemeinbürgerliche Gesellschaft, denn nur auf das Entstehen der ersteren Rechtsform war der Wille aller Beteiligten gerichtet (für das frühere Recht ähnlich RG. 21 250, 39 29). Der so entstandene Verein ist indessen ein nichtrechtsfähiger, und für ihn gilt daher das in BGB. § 54 für alle nichtrechtsfähigen Vereine Bestimmte. Der § 54 Satz 2 BGB. ist übrigens in verallgemeinerter Fassung in § 200 Abs. 1 Satz 2 HGB. wiederholt. „Rechtsfähig" (im Sinn des BGB.) wird der Aktienverein erst durch Eintragung, und dies ist im HGB. als „Entstehen der Aktiengesellschaft" bezeichnet (§ 200 Abs. 1). Ebenso, wie ein nichtwirtschaftlicher nichtrechtsfähiger Verein durch Eintragung in das Vereinsregister (BGB. § 21) nur seine Befähigung zu bestimmten Rechtshandlungen ändert, nicht aber ein anderer wird, ebenso ist die Ansicht (ROH. 4 313, 7 272, vgl. auch RGSt. 36 73) zu verwerfen, daß durch die Errichtung der AG. eine besondere „Gründergesellschaft" oder ein besonderer „Gründungsverein" entstehe, der von dem späteren rechtsfähigen Aktienverein verschieden sei und auf letzteren die erworbenen Rechte nur nach Art einer Allgemeinnachfolge übertrage (OLG. Colmar 25 V 03 OLGRspr. 6 487). — Bei Stufengründung muß (allerdings wohl nur für bestimmte Gruppen möglicher Rechtshandlungen) das Bestehen eines nichtrechtsfähigen Vereins schon vor Errichtung angenommen werden; spätestens mit Herstellung einer geordneten Vertretung durch Wahl von Vorstand und Aufsichtsrat (§ 190 Abs. 1, 2), vielleicht sogar schon seit Berufung der ersten General-

versammlung durch die Gründer (§ 190 Abs. 2, 3) oder seit Zuteilung aller Grundkapitalanteile an die Zeichner (§ 189 Anm. II). — Über einzelne Folgerungen aus dieser Rechtsstellung der Gesellschaft vor Eintragung vgl. § 200 Anm. II.

c. **Rechtserwerb durch Errichtung.** Durch die Errichtung tritt die errichtete „Gesellschaft" in die aus der Mitgliedschaft der Grundkapitalanteil-Übernehmer (Bareinleger und Nichtbareinleger) gemäß der Satzung folgenden Rechte und Pflichten gegen diese Mitglieder, ferner auch in die gemäß § 186 in der Satzung zur Festsetzung gekommenen Rechte und Pflichten aus den für die zu errichtende Gesellschaft geschlossenen Verträgen (§ 186 Abs. 1, 2 soweit Übernahme, Abs. 3). Über die Einwirkung der Einbringung auf Rechte Dritter an den eingebrachten Gegenständen vgl. § 186 Anm. II d. — Die gemäß § 186 für die zu errichtende Gesellschaft vereinbarten Rechte und Pflichten (sowohl vertragliche, wie auch aus der Mitgliedschaft und dem Einlageversprechen folgende) fallen ihr mit der Errichtung von selbst zu (vgl. § 182 Anm. II b 2) und sind ihr nicht etwa erst durch die Personen, die für die künftige AG. gehandelt hatten, z. B. die Gründer, zu übertragen (RG. 24 22). Allerdings kann im Einzelfall verabredet sein, daß ein Recht nicht für die künftige Gesellschaft, sondern für die Gemeinschaft der Gründer erworben werden und dann erst durch ein zweites Rechtsgeschäft (Vertrag oder Einlageversprechen) seitens der Gründergemeinschaft an die AG. weitergegeben werden solle (RG. 21 246); doch ist bei Erwerb eines großen Unternehmens mit Zubehör im Zweifel dies nicht als beabsichtigt anzusehen (RG. 5 IV 00 JW. 414 [12]). — Mit der vorstehend erörterten Frage, darf nicht die andere verwechselt werden, ob für die Ausführung des Einlageversprechens durch tatsächliche Einbringung noch eine besondere Übertragungshandlung des Einlegers an die errichtete AG. erforderlich ist. Die letztere Frage ist zu bejahen, soweit nicht etwa schon gleichzeitig mit dem Einlageversprechen auch die tatsächliche Einlegung in einer für die Übertragung des eingelegten Gegenstandes (z. B. Forderungen) genügenden Form erklärt ist (§ 105 Anm. I h 4).

III. **Gleichgründung.**

a. **Begrifflicher Unterschied zwischen Gleichgründung und Stufengründung.** Den Fall der Gleichgründung (= Simultangründung) behandeln §§ 188, 190 Abs. 1, den Fall der Stufengründung (= Sukzessivgründung) §§ 189, 190 Abs. 2, 195 Abs. 2 Nr. 3, 196, 197. Nach den im Gesetz gebrauchten Worten könnte es scheinen, als ob der Unterschied zwischen Gleichgründung und Stufengründung darin bestehen solle, daß bei ersterer nur Gründer, bei letzterer Gründer und Nichtgründer Grundkapitalanteile (§ 179 Anm. III a) übernehmen. Vgl. § 188 Abs. 1, § 190 Abs. 1 (§ 199 Abs. 1 Nr. 3): „Übernehmen die Gründer alle Aktien, . . ."; § 189 Abs. 1, § 190 Abs. 2 (§ 195 Abs. 2 Nr. 3, § 196 Abs. 1): „Übernehmen die Gründer nicht alle Aktien, . . ." Dies ist indessen nicht der Sinn des Gesetzes. Zwar kann Gleichgründung nur vorliegen, wenn alle Erwerber von Grundkapitalanteilen „Gründer" (§ 187) sind. Nicht aber ist auch umgekehrt richtig, daß, wenn alle Erwerber von Grundkapitalanteilen „Gründer" sind, notwendig Gleichgründung vorliegt. Das HGB. braucht den Ausdruck „Aktien übernehmen" nicht in dem weiten Sinn, wonach hierin sowohl das Übernehmen durch Verhandlung mit den Gründern, wie das Übernehmen durch Zeichnung eingeschlossen ist. Vielmehr stellt das HGB. (abweichend vom Reichsstempelg. § 3 „Zeichnung", RGSt. 17 437, 25 145) das „Übernehmen von Aktien" dem „Zeichnen von Aktien" als etwas Verschiedenes gegenüber. Demnach ist das „Übernehmen von Aktien" im Sinn des HGB. nur ein Übernehmen in bestimmter Form (gemeinsamer gerichtlicher oder notarieller Verhandlung), und diese in § 188 Abs. 2 erwähnte Form der Übernahme ist in Wahrheit nicht — was sie nach der Fassung des Gesetzes scheinen könnte — eine Folge der Gleichgründung; die Beobachtung dieser Form ist vielmehr eines der Merkmale für die Begriffsbestimmung. Auch die Fassung des Einganges von § 189 (und der entsprechenden Stellen) ist nicht ganz deutlich. Das „nicht" gehört nicht — worauf seine Stellung hinweisen könnte — zu „alle", vielmehr zu „übernehmen". Eine Stufengründung (§ 189) liegt daher vor, auch wenn nur Gründer den nicht „übernommenen" Teil der Grundkapitalanteile zeichnen. — Gegen das Vorliegen einer Gleichgründung spricht nicht der Umstand, daß die Gründer vor der durch sie in gemeinsamer Verhandlung erfolgten Übernahme

aller Grundkapitalanteile Einschreibungen in eine Liste entgegengenommen haben, die zu dem Zweck aufgelegt war, eine vorläufige Übersicht darüber zu gewinnen, welche Personen geneigt sein würden, demnächst (durch Weiterübertragung) die zu schaffenden Anteilrechte zu erwerben (RG. 41 13).

b. **Form der Übernahmeverhandlung.**

1. Allgemeines. Die Übernahmeerklärung (§ 182 Anm. II) kann mit Wirkung gegenüber der Gesellschaft (vgl. § 182 Anm. II b 2) frühestens gleichzeitig mit Feststellung der Satzung (§ 182 Anm. III a) abgegeben werden; sowohl bei Feststellung der Satzung (§ 182 Abs. 1), wie auch in einer späteren Verhandlung (§ 188 Abs. 2). Für die Übernahme bei Satzungsfeststellung schreibt § 182 Abs. 1 mittelbar, für die Übernahme nach Satzungsfeststellung schreibt § 188 Abs. 2 unmittelbar eine bestimmte Form vor. Bei stillschweigender Anerkennung des Übernehmers trotz Nichtbeobachtung der Form kommt die Bestimmung des § 189 Abs. 4 Satz 2 zu entsprechender Anwendung (RG. 26 73). In der Reichstagskommission war beantragt, in § 188 Abs. 2 auch die Angabe der übernommenen Gattung vorzuschreiben (wie entsprechend in § 182 Abs. 1 und § 189 Abs. 2); der Antrag wurde jedoch zurückgezogen; aus welchem Grund, ist nicht ersichtlich (KB. 63). Darüber, ob der Ausgabebetrag anzugeben ist, gilt hier dasselbe wie für den Fall des § 182 Abs. 1; vgl. daher § 182 Anm. III d.

2. Sind mehrere nachträgliche Übernahmeverhandlungen zulässig? Streitig ist, ob eine spätere Übernahme in einer Verhandlung erfolgen muß, oder in mehreren Verhandlungen erfolgen kann, in deren jeder nur ein Teil des bei Satzungsfeststellung nicht übernommenen Restes der Grundkapitalanteile übernommen wird. Für ersteres Staub[7] Anm. 2 und Ring Nr. 2, für letzteres Behrend § 100 Anm. 9, Rudorff, Goldmann Nr. 6, Staub[8]-Pinner Anm. 3. Der ersteren Ansicht wird beizupflichten sein. Das „einer" in § 188 Abs. 2 ist als gewollte Beschränkung auszulegen. Immerhin wird anzunehmen sein, daß die Form der gemeinsamen Verhandlung der Gründer zu jeder Zeit noch nachgeholt werden kann, selbst wenn inzwischen schon zur Zeichnung aufgefordert war oder wenn eine nach Vorstehendem unwirksame nur teilweise nachträgliche Übernahme in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung stattgefunden hatte. Auch sind berichtigende Nachträge zur Übernahmeverhandlung für zulässig zu erachten (RG. 26 73). Die Übernahme von Grundkapitalanteilen kann bei Gleichgründung nur mit Genehmigung aller übrigen Übernehmer erfolgen. Die nachträglich erfolgte Übernahme eines bisher noch nicht übernommenen Grundkapitalanteils wird daher voll wirksam erst, sobald die Genehmigungserklärungen aller übrigen Übernehmer in vorgeschriebener Form abgegeben sind (vgl. M. 99: „in welcher die sämtlichen Gründer erklären"). Auch bezüglich dieser Genehmigungserklärungen wird man nach Obigem (vgl. auch § 182 Anm. III c) anzunehmen haben, daß sie in derselben Verhandlung wie die Übernahmeerklärung abgegeben werden müssen (ebenso Ring Nr. 3).

3. Übernehmer durch Nachtragsverhandlung können nur Personen sein, die schon vorher „Gründer" waren. Denn § 188 Abs. 2 läßt nur zu, daß „Gründer .... übernehmen", und daß sie „noch" übernehmen. Hierin liegt nicht etwa ein Fassungsfehler, sondern aus M. 99 ergibt sich, daß dies beabsichtigt war. Sollen daher außer den Satzungsfeststellern noch andere Personen Grundkapitalanteile übernehmen, und soll dennoch Gleichgründung stattfinden, so muß — da nach richtiger Ansicht der nachträgliche Beitritt zur Satzungsfeststellungserklärung unwirksam ist (§ 182 Anm. III c) — die frühere Satzungsfeststellung nicht berücksichtigt und nunmehr eine erneute Satzungsfeststellung unter Beteiligung aller Grundkapitalübernehmer vorgenommen werden.

c. **Wirkung der Gleichgründung.** Werden sämtliche Grundkapitalanteile durch Gründer in gemeinschaftlicher Verhandlung übernommen, so hat dies die Folge, daß die Gesellschaft „errichtet" ist. Das „gilt als errichtet" in § 188 Abs. 1 hat keine andere Bedeutung als „ist errichtet". Über die Rechtsverhältnisse zwischen Errichtung und Entstehung vgl. oben Anm. II b.

§ 189.

Stufengründung. Zeichnung.

Uebernehmen die Gründer nicht alle Aktien, so hat der Errichtung der Gesellschaft die Zeichnung der übrigen Aktien vorherzugehen.

Die Zeichnung erfolgt durch schriftliche Erklärung, aus der die Betheiligung nach der Anzahl und, falls verschiedene Aktien ausgegeben werden, nach dem Betrag oder der Gattung der Aktien hervorgehen muß.

Die Erklärung (Zeichnungsschein) soll doppelt ausgestellt werden; sie hat zu enthalten:

1. den Tag der Feststellung des Gesellschaftsvertrags, die im § 182 Abs. 2 und im § 186 vorgesehenen Festsetzungen und, wenn mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung ausgegeben werden, den Gesammtbetrag einer jeden;
2. den Namen, Stand und Wohnort der Gründer;
3. den Betrag, für welchen die Ausgabe der Aktie stattfindet, und den Betrag der festgesetzten Einzahlungen;
4. den Zeitpunkt, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die Errichtung der Gesellschaft beschlossen ist.

Zeichnungsscheine, welche diesen Inhalt nicht vollständig haben oder außer dem unter Nr. 4 bezeichneten Vorbehalte Beschränkungen in der Verpflichtung des Zeichners enthalten, sind nichtig. Erfolgt ungeachtet eines hiernach nichtigen oder wegen verspäteter Errichtung der Gesellschaft unverbindlichen Zeichnungsscheins die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, so ist der Zeichner, wenn er auf Grund einer dem Abs. 2 entsprechenden Erklärung in der Generalversammlung, die zur Beschlußfassung über die Errichtung der Gesellschaft berufen wird, stimmt oder später als Aktionär Rechte ausübt oder Verpflichtungen erfüllt, der Gesellschaft wie aus einem gültigen Zeichnungsscheine verpflichtet.

Jede nicht in dem Zeichnungsschein enthaltene Beschränkung ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

ADH. Art. 209e. **Entw. I** § 175. **Entw. II** § 187.

I. Stufengründung.

a. **Begrifflicher Unterschied zwischen Gleichgründung und Stufengründung.** Vgl. § 188 Anm. III a.

b. **Prospekt.** Die Veröffentlichung eines Prospekts als Grundlage der Zeichnung ist nicht vorgeschrieben. Über die Notwendigkeit eines Prospekts bei Stellung des (erst nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister statthaften) Antrages auf Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel vgl. BörsG. 22 VI 96 (RGBl. 157) § 38. Über die Haftung für den Inhalt des Prospekts vgl. § 203 Anm. III b.

II. Zeichnung. Über Zeichnungsstellen vgl. § 203 Anm. IV. Über die Zeichnung für fremde Rechnung vgl. § 182 Anm. II c. Über Willensmängel bei Zeichnung vgl. § 182 Anm. II d. Über Zeichnung und Zuteilung von Wertpapieren in anderen Fällen als denen des § 189 vgl. Herz in HoldheimsMSchr. **03** 33.

a. **Zeichnung enthält Angebot zu Übernahme von Grundkapitalanteilen.**

1. Übernahme von Grundkapitalanteilen. Die Zeichnung ist ein besonderer Fall der Erklärung einer Übernahme von Grundkapitalanteilen (§ 182 Anm. II). Auch sie

enthält zwei Bestandteile (§ 182 Anm. II b), eine Übernahmeerklärung gegenüber einzelnen Personen (§ 182 Anm. II b 1) und eine Übernahmeerklärung gegenüber der zu errichtenden Gesellschaft (§ 182 Anm. II b 2). Bei der Zeichnung sind jene einzelnen Personen diejenigen, welche zur Zeichnung auffordern, in der Regel also die Gründer (§ 187); unter Umständen die Zeichnungsstelle (§ 203 Anm. IV). Über Zeichnung vor Feststellung der Satzung vgl. unten Anm. III b 2.

2. Angebot. Die Aufforderung zur Zeichnung ist im Zweifel (Lehmann Recht d. AG. 1 340) kein bindendes Angebot, sondern eine Aufforderung zur Einsendung von Angeboten (§ 202 Abs. 3, M. 104, RG. **56** 299; dagegen Str. **46** 106; vgl. D. 158 „Annahme der Zeichnungen"); denn die Zahl der Zeichnungen ist nicht vorauszusehen, die Zahl der zur Verfügung stehenden Grundkapitalanteile aber beschränkt (Simon in ZHR. **36** 357). Erst die Zeichnung ist dann das Angebot gegenüber dem Aufforderer, Grundkapitalanteile übernehmen zu wollen. Für die Frage, wie lange der Zeichner an das in der Zeichnung liegende Angebot gebunden bleibt, bevor es angenommen wird, kommt BGB. §§ 145 ff. entsprechend (§ 182 Anm. II b 2) zur Anwendung. Wie lange, nachdem es durch Zuteilung (unten zu b) angenommen ist, vgl. unten Anm. III b 6.

b. **Zuteilung.** Die Annahme des in der Zeichnung liegenden Angebots erfolgt durch die Zuteilung der Grundkapitalanteile an einzelne Zeichner seitens des Aufforderers (RG. **52** 324, vgl. § 202 Abs. 3); nicht erst durch die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 22; dagegen Staub[7] Anm. 21). Auf Grund welcher unter den mehreren einzelnen Zeichnungen eine entsprechende Zuteilung erfolgen soll, kann im Zweifel der Aufforderer nach seiner Willkür entscheiden. Nach erfolgter Zuteilung ist im Zweifel der Aufforderer den einzelnen Zeichnern verpflichtet, bei Berufung von Generalversammlungen (§§ 190, 197) und bei Anmeldung der Gesellschaft (§ 195 Abs. 2 Nr. 3) sie in gleicher Weise zu berücksichtigen wie die anderen Übernehmer von Grundkapitalanteilen. Nur wenn zur Zeit der Zuteilung die zuteilenden Gründer die Zahlungsunfähigkeit eines Zeichners kannten, haften sie der Gesellschaft für einen hierdurch entstehenden Ausfall (§ 202 Abs. 3).

c. **Werden nicht alle Anteile gezeichnet,** so können nicht (was Rudorff zu § 189 Abs. 1 annimmt) die Gründer den nicht gezeichneten Rest durch Verhandlung gemäß § 188 Abs. 2, vielmehr gleichfalls nur durch Zeichnung übernehmen. Die Form der Verhandlung gemäß § 188 Abs. 2 ist für zulässig nur zu erachten, wenn in dieser Verhandlung alle noch nicht bei Feststellung der Satzung übernommenen Anteile übernommen werden (§ 188 Anm. III b 2, § 189 Abs. 1).

III. **Zeichnungsschein.**

a. **Notwendigkeit.**

1. Schriftlichkeit. Daß die Erklärung der Zeichnung in schriftlicher Form, also durch Zeichnungsschein, erfolge, ist als wesentlich vorgeschrieben (§ 189 Abs. 2; vgl. RG. **4** 308, **14** 92, **19** 194). Zur Anwendung kommt BGB.:

§ 125 Satz 1. „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig."

§ 126 Abs. 1. „Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlichen oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden."

§ 126 Abs. 3. „Die schriftliche Form wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt."

Nur für die Zeichnung, nicht auch für die Zuteilung, ist die schriftliche Form vorgeschrieben. Die Vorschrift soll aber nicht nur im Verhältnis des Zeichners zur Gesellschaft, sondern auch in seinem Verhältnis zu dem Aufforderer gelten (M. 102). Auch in einem Vorvertrag über demnächstige Zeichnung ist ein nicht schriftliches Versprechen der Zeichnung nichtig (RG. **14** 93, **53** 239; dagegen Planck[3] § 125 Anm. 6). Die Beobachtung der Form kann nicht durch späteres schlüssiges Verhalten ersetzt werden (RG. **19** 194). So z. B. nicht durch Einzahlung (OLG. Braunschweig 16 V 02 OLGRspr. **5** 283). Die Vollmacht zur Zeichnung bedarf nicht der schriftlichen Form (BGB. § 167 Abs. 2). Als

Ordnungsvorschrift ist bestimmt, daß eine doppelte Ausstellung des Zeichnungsscheins erfolgen solle; das eine Doppel ist demnächst dem Registergericht einzureichen (§ 195 Abs. 2 Nr. 3). Der Mangel der Schriftlichkeit ist kein gemäß § 189 Abs. 4 heilbarer (unten Anm. III d; vgl. RG. 19 194). Auch die Eintragung in eine Zeichnerliste ist eine Ausstellung eines Zeichnungsscheins (Ring Nr. 3, Behrend § 104 Anm. 5, Goldmann Nr. 8; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 1); nirgend ist vorgeschrieben, daß nur je eine Erklärung in je einer Urkunde erfolgen dürfe (vgl. § 10 Anm. II a).

2. Kann Zeichnung durch Nichtbareinleger vorkommen? Zweifellos braucht der Nichtbareinleger nicht zu zeichnen, wenn er die Nichtbareinlage-Erklärung in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung, sei es gelegentlich Satzungsfeststellung (§ 182 Anm. III d), sei es — wenn er bei ersterer sich beteiligt hatte (§ 188 Anm. III b 3) — in der zugelassenen Nachtragsverhandlung (§ 188 Anm. III b 2) abgibt (Ring § 186 Nr. 3, § 187 Nr. 1, Staub[8]-Pinner § 186 Anm. 8). Bestritten aber ist, ob er die Erklärung auch im Weg der Zeichnung abgeben kann (bejahend Ring § 186 Nr. 3, § 187 Nr. 1, verneinend Goldmann § 186 Nr. 14). Das Gesetz enthält in dieser Beziehung einen verdeckten inneren Widerspruch. Denn einerseits ist die Erwähnung der Nichtbareinleger in § 187 neben den Satzungsfeststellern nur dann nicht gegenstandslos, wenn auch zeichnende Nichtbareinleger vorkommen können (§ 187 Anm. I; der von mehreren angegebene Ausweg, daß wer nicht Satzungsfeststeller ist, gemäß § 188 Abs. 2 übernehmen könne, ist nicht gangbar, § 188 Anm. III b 3); andererseits ist in der Fassung des § 189 nur der Fall berücksichtigt, daß Bareinleger zeichnen, denn im Zeichnungsschein ist anzugeben die in der Satzung enthaltene Festsetzung über die Nichtbareinlage (Abs. 3 Nr. 1, § 186 Abs. 2), der Name des Nichtbareinlegers (Abs. 3 Nr. 2, § 187) und der Betrag der „Einzahlungen" (Abs. 3 Nr. 3; jedoch entsprechend anwendbar auf Nichtbareinlagen § 179 Anm. VI). Nicht entscheidend ist (was Staub[8]-Pinner annehmen) der Eingang des § 189: „Übernehmen die Gründer nicht alle Aktien", denn wenn sie nicht „übernehmen", d. h. nicht in gerichtlicher oder notarieller Form dies tun (§ 188 Anm. III a), könnten sie an sich doch „zeichnen". Aus Vorstehendem folgt, daß zwar ein Zeichnen durch Nichtbareinleger bei Gesellschaftserrichtung nicht vollständig unmöglich, jedoch nur in dem tatsächlich kaum je vorkommenden Fall zulässig ist, daß schon vorher der Gegenstand der Nichtbareinlage und der Betrag der für diese Einlage zu gewährenden Grundkapitalanteile in der Satzung festgesetzt ist. — Bei Erhöhung des Grundkapitals muß stets auch der Nichtbareinleger zeichnen (§ 281 Anm. I; vgl. RG. 42 3).

b. **Inhalt.**

1. Übernahmeerklärung (§ 189 Abs. 2). Vgl. § 182 Anm. II, § 189 Anm. II. Sie muß näher bestimmt sein durch Angabe des (Nenn-) Betrages der einzelnen übernommenen Grundkapitalanteile (§ 179 Anm. III), durch die Angabe der Anzahl der so übernommenen Grundkapitalanteile, und, falls Anteilrechte verschiedener Gattungen (§ 185 Anm. I, II) begründet werden sollen, auch durch die Angabe, welche dieser Gattungen der Zeichner erwerben will. Abweichend von der Vorschrift des früheren Art. 209e ADH. braucht im Zeichnungsschein nicht mehr angegeben zu werden, ob der Zeichner demnächst Inhaber- oder Namenaktien erhalten soll (§ 185 Anm. I a 2).

2. Tag der Feststellung der Satzung (§ 189 Abs. 3 Nr. 1). Vgl. § 182 Anm. III a. Hieraus geht hervor, daß Zeichnungen erst nach Feststellung der Satzung erfolgen können. Doch ist auch in dieser Beziehung die Heilung (§ 189 Abs. 4) eines Verstoßes nicht ausgeschlossen. Eine Zeichnung, die vor Satzungsfeststellung erfolgt, ist als solche unwirksam bis zu etwaiger Heilung (vgl. KG. 5 VI 99 KGJ. 19 6), kann jedoch unter Umständen einen Anspruch desjenigen, dem erklärt ist, auf demnächstige Ausstellung eines gültigen Zeichnungsscheins begründen. Eine vor Satzungsfeststellung zwecks Erwerbs eines künftigen Anteilrechts erfolgte Einzahlung kann zurückgefordert werden, wenn später unter anderen als den ursprünglich in Aussicht genommenen Umständen die Errichtung der Gesellschaft erfolgt (vgl. Bolze 22 Nr. 514).

3. Der **notwendige** Inhalt der betreffenden Satzung (§ 189 Abs. 3 Nr. 1). Vgl. § 182 Anm. IV.

4. Name, Stand und Wohnort der Gründer (§ 189 Abs. 3 Nr. 2). Gründer vgl. § 187 Anm. I. „Name" umfaßt „Namen und Vornamen" (§ 162 Anm. I). „Wohnort" = „Wohnsitz" (§ 106 Anm. II a).
5. Ausgabebetrag und Betrag der festgesetzten Einzahlungen (§ 189 Abs. 3 Nr. 3). Ausgabebetrag vgl. § 184 Anm. I. Über den zulässigen Mindestbetrag der Einforderungen vgl. § 195 Anm. IV b. Trotz des Gebrauchs der Mehrzahl „Einzahlungen" soll wohl nur der (Gesamt-) Betrag der (einmaligen oder mehrmaligen) vor Anmeldung der Gesellschaft zu leistenden Einzahlung angegeben werden (ebenso Esser Anm. 3, Staub[8]-Pinner Anm. 6, Ring Nr. 4; abweichend Goldmann Nr. 15). Der Gesamtbetrag aller, auch später zu leistenden Einzahlungen ist bereits im Ausgabebetrag genannt. Rudorff zu § 218 Abs. 1 versteht das Gesetz dahin, daß die Zeit der einzelnen Einzahlungen (auf den ganzen Ausgabebetrag) angegeben werden müsse; dieser Sinn ist jedoch aus der Fassung des Gesetzes nicht ableitbar. — Über Zeichnung durch Nichtbareinleger vgl. oben Anm. III a 2, § 281 Anm. II b 3.
6. Zeitpunkt, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die Errichtung der Gesellschaft beschlossen ist (§ 189 Abs. 3 Nr. 4). Die Bedingung „sofern die Gesellschaft errichtet wird" ist in jeder Übernahme von Grundkapitalanteilen, also auch in der Zeichnung, enthalten (§ 182 Anm. II b 2). Der § 189 Abs. 3 Nr. 4 hat daher nur die Bedeutung, daß er für die Zeichnung vorschreibt, in jene Bedingung müsse auch noch eine Zeitbeschränkung aufgenommen werden. Der § 189 Abs. 3 Nr. 4 betrifft nur die Bindung des Zeichners nach erfolgter Annahme (oben Anm. II b) seines Angebots durch diejenigen Personen, die zur Zeichnung auffordern; wie lange er vorher gebunden ist, vgl. oben Anm. II a 2. Daß die Zeitbeschränkung für alle Zeichner die gleiche sein müsse, ist aus der Fassung des Gesetzes nicht zu folgern (ebenso Staub[7] Anm. 9; dagegen M. 103, Mosse Anm. 7, Esser Anm. 3, Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 15, Staub[8]-Pinner Anm. 7). Ob auch die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister noch innerhalb der Frist erfolgt, ist unerheblich. Doch wird, sobald feststeht, daß es nicht zur Eintragung kommen wird, der Zeichner frei und kann den eingezahlten Betrag zurückfordern (BGB. § 812, ROH. 22 219, vgl. OLG. Braunschweig 16 V 02 OLGRspr. 5 283).
7. Falls Sondervorteile, Nichtbareinlagen, Übernahmen von Vermögensgegenständen, Gewährung von Gründungsaufwand vereinbart sind, die in § 186 vorgesehenen Festsetzungen (§ 189 Abs. 3 Nr. 1).
8. Falls verschiedene Gattungen von Anteilrechten (§ 185 Anm. I a, b) bestehen sollen, der Gesamtbetrag der auf jede Gattung entfallenden Grundkapitalanteile (§ 189 Abs. 3 Nr. 1). Die Worte „mit verschiedener Berechtigung" haben keine besondere Bedeutung (§ 185 Anm. I c).
9. Nicht erwähnt ist, daß auch eine Angabe über eine etwaige Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen (§ 212) im Zeichnungsschein enthalten sein muß. Dies wird indessen in entsprechender Ausdehnung der Bestimmung unter Nr. 3 anzunehmen sein (ebenso Rudorff zu § 212 Abs. 1, Staub[8]-Pinner Anm. 6; dagegen Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 15; für nur zulässig erachtet die Angabe Esser Anm. 4).

c. **Verstoß gegen Inhaltsvorschriften.**

1. Unvollständigkeit des Zeichnungsscheins. Ein Schein, der nicht die Übernahmeerklärung (oben Anm. III b 1) enthält, ist kein Zeichnungsschein. Ein Schein, der nicht die in Anm. III b 2—6 aufgeführten Angaben, und im Fall des Vorliegens der in Anm. III b 7, 8 (und 9) hervorgehobenen Voraussetzungen nicht auch die daselbst aufgeführten Angaben enthält, ebenso ein Schein, der eine dieser Angaben nicht vollständig enthält, ist nichtig (§ 189 Abs. 4 Satz 1). Im Entwurf zum Aktiengesetz v. 1884 war vorgeschlagen, daß gegen Inhaltsvorschriften verstoßende Zeichnungsscheine „zum Nachweise der Zeichnung des Grundkapitals ungeeignet" sein sollten. Dies wurde in der Reichstagskommission dahin geändert, daß derartige Zeichnungsscheine ungültig seien, und diese Ungültigkeit in näher angegebener Weise geheilt werden könne (KB. 6.).

2. Beschränkung der Verpflichtung des Zeichners. Eine Beschränkung bezüglich der Zeitdauer der Bindung muß aufgenommen werden (oben Anm. III b 6). Jede sonstige Beschränkung, wenn nicht im Zeichnungsschein enthalten, ist unverbindlich im Verhältnis des Zeichners zur Gesellschaft (§ 189 Abs. 5). Ist sie in den Zeichnungsschein aufgenommen, so macht sie diesen nichtig (§ 189 Abs. 4 Satz 1, ROH. 17 384, RG. 33 93; vgl. § 182 Anm. II e). Als eine hierher gehörige Beschränkung wurde angesehen die Zusage einer Gegenleistung, die keine Nichtbareinlage ist, unter gleichzeitigem Ausschluß einer Pflicht zur Bareinlegung (RG. 42 4). Daneben bleibt selbstverständlich zu prüfen, ob der Zeichner verpflichtungsfähig war. Zeichnet jemand unter dem nicht in den Zeichnungsschein aufgenommenen Vorbehalt einer hinzutretenden Genehmigung (z. B. eine Stadtvertretung unter Vorbehalt der Regierungsgenehmigung), so wirkt die Zeichnung als unbedingte, wenn die Genehmigung nicht Voraussetzung der Verpflichtungsfähigkeit des Zeichners war (OLG. Köln 1 II 88 ZHR. 37 548). Wird dagegen der Vorbehalt der Genehmigung der vorgesetzten Behörde in den Zeichnungsschein aufgenommen, so ist dieser nichtig (vgl. KG. 13 VIII 01 OLGRspr. 3 261). — Nachträglich kann eine Beschränkung z. B. durch Zwangsvergleich im Konkurs des Zeichners eintreten (ROH. 25 293), unbeschadet der Rechte der Gesellschaft aus §§ 218 ff.

3. Wirkung der Nichtigkeit von Zeichnungsscheinen. Solange nicht gemäß Abs. 4 Satz 2 eine Heilung der Nichtigkeit des Zeichnungsscheins stattgefunden hat, bleibt der Zeichner auch nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister frei von einer Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft (Gegenschluß aus Abs. 4 Satz 2) und kann Rückzahlung des etwa Eingezahlten fordern (KG. 26 VII 02 EntschFG. 3 127). Aber auch den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber tritt — außer im Fall eines wegen Willensmangels anfechtbaren Zeichnungsscheins (§ 182 Anm. II d) — trotz Eintragung der Gesellschaft keine Bindung ein (dagegen KG. 26 VII 02 EntschFG. 3 127). Ob Nichtigkeit einzelner Zeichnungsscheine die Nichtigkeit der AG. zur Folge hat, vgl. § 309 Anm. III b 2.

d. Heilung eines Verstoßes gegen Inhaltsvorschriften oder einer Überschreitung des Zeitraums der Gebundenheit.

1. Voraussetzung. Der § 189 Abs. 4 Satz 2 bestimmt nichts über die Heilung eines Mangels der Übernahmeerklärung („auf Grund einer dem Abs. 2 entsprechenden Erklärung"). Doch ist auch ein solcher Mangel unter Umständen heilbar; so z. B. durch formlose Genehmigung der Mangel der Vertretungsmacht des zeichnenden Vertreters (BGB. § 182 Abs. 2, § 184 Abs. 1, RG. 24 III 06 JW. 362[25]). — Ein sonstiger Verstoß gegen die Vorschriften über den Inhalt des Zeichnungsscheins und eine Überschreitung des Zeitraums der Gebundenheit wird für das Verhältnis der Gesellschaft zu dem Zeichner geheilt, wenn erstens die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird und außerdem zweitens der Zeichner auf Grund seiner Übernahmeerklärung in der errichtenden Generalversammlung stimmt oder später als Mitglied der Gesellschaft Rechte ausübt oder Verpflichtungen erfüllt. Unerheblich ist der Gegenstand, über den er in der errichtenden Generalversammlung stimmt, und der Inhalt seines Stimmens; er stimmt, auch wenn er z. B. gegen Errichtung stimmt. Beweispflichtig für die heilende Tatsache ist wer hieraus Rechte gegen den Zeichner herleiten will (KG. 26 VII 02 EntschFG. 3 128). — Überschreitung des Zeitraums der Gebundenheit liegt auch dann vor, wenn bis zum Ablauf jenes Zeitraums nur (unter Verstoß gegen § 196 Abs. 5) die Eintragung der Gesellschaft mit geringerem als dem im Zeichnungsschein genannten Grundkapital ohne Zustimmung des betreffenden Zeichners erfolgt ist (RG. 55 68). — Aktionär vgl. § 211 Anm. I a.

2. Wirkung. Der § 189 Abs. 4 Satz 2 nennt als Wirkung der Heilung nur, daß der Zeichner im Verhältnis zur Gesellschaft verpflichtet wird. Zu ergänzen ist indessen, daß er dann auch entsprechend berechtigt wird (dagegen Rudorff zu § 189 Abs. 4). Letzteres indessen nur, soweit nicht andere gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen. War z. B. eine unzulässige Beschränkung in der Verpflichtung des Zeichners in den Zeichnungsschein aufgenommen, so kann hierin die Schaffung einer bevorrechtigten Aktiengattung oder die Gewährung eines Sondervorteils liegen, und dies würde gegenüber der Gesellschaft

nicht schon durch Heilung der Nichtigkeit des Zeichnungsscheins, sondern nur bei Beobachtung der Vorschriften des § 185 bzw. § 186 Abs. 1 wirksam werden können. Ebensowenig würde z. B. (wegen des Verbots in § 226 Abs. 2) eine hinzugefügte Bedingung wirksam werden, wonach die AG. die noch nicht vollgezahlten Aktien demnächst zurückerwerben müßte (Bolze 12 Nr. 507).

§ 190.

Erster Aufsichtsrat und Vorstand.

Uebernehmen die Gründer alle Aktien, so haben sie gleichzeitig mit der Errichtung der Gesellschaft oder in einer besonderen gerichtlichen oder notariellen Verhandlung den ersten Aufsichtsrath der Gesellschaft zu bestellen.

Uebernehmen die Gründer nicht alle Aktien, so haben sie nach der Zeichnung des Grundkapitals eine Generalversammlung zur Wahl des Aufsichtsraths zu berufen.

Diese Vorschriften finden auch auf die Bestellung des ersten Vorstandes Anwendung, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrage die Bestellung in anderer Weise als durch Wahl der Generalversammlung zu geschehen hat.

ADH. —; vgl. Art. 175e Abs. 2. **Entw. I** § 176. **Entw. II** § 188.

I. **Bestellung des ersten Aufsichtsrats (§ 190 Abs. 1, 2).** Ein Aufsichtsrat ist erst dann vorhanden, wenn sämtliche (§ 195 Anm. I b, § 243 Anm. II a) zu wählende Mitglieder gewählt sind (§ 243 Anm. II b 1) und die Wahl angenommen haben (§ 243 Anm. II b 2). Ob die Annahme urkundlich nachgewiesen werden muß, vgl. § 195 Anm. I f 8.

a. **Bei Gleichgründung.** Gleichgründung vgl. § 188 Anm. III a. Errichtung der Gesellschaft vgl. § 188 Anm. II a. „In einer gerichtlichen oder notariellen Verhandlung" vgl. § 188 Anm. III b, § 182 Anm. III c. Das „haben sie" deutet auf die Notwendigkeit der Bestellung eines Aufsichtsrats (vgl. D. 123, § 195 Abs. 2 Nr. 4, § 243). Auch auf die erste Wahl des Aufsichtsrats im Fall der Gleichgründung ist entsprechend § 243 Abs. 1 anwendbar (Rudorff zu § 190); unter der dort erwähnten Generalversammlung ist in diesem Fall die Versammlung der Gründer zu verstehen (vgl. auch unten Anm. II). Alle Gründer müssen bei der Bestellungsverhandlung gegenwärtig sein („sie"; vgl. § 188 Anm. III b 2). Erfolgt die Bestellung nicht einstimmig, so sind für das Stimmrecht die §§ 251, 252 (§ 197) entsprechend anzuwenden (zust. Staub[8]-Pinner Anm. 1, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 5), nicht (was Rudorff zu § 190 Abs. 1 anzunehmen scheint) die etwaigen Bestimmungen des zwischen den Gründern etwa abgeschlossenen Vorvertrages über Vereinserrichtung.

b. **Bei Stufengründung.** Stufengründung vgl. § 189 Anm. I. Für die Berufung und Beschlußfassung der Generalversammlung der Zeichner finden die Vorschriften entsprechende Anwendung, die für die Gesellschaft nach der Eintragung maßgebend sein würden (§ 197). Zu berufen sind nur diejenigen Zeichner, denen seitens der Gründer Grundkapitalanteile zugeteilt sind (vgl. § 189 Anm. II b). Die Berufung der Generalversammlung ist erst zulässig, nachdem das Grundkapital in voller Höhe übernommen und zugeteilt ist (§ 190 Abs. 2: „nach der Zeichnung des Grundkapitals").

II. **Bestellung des ersten Vorstands (§ 190 Abs. 3).** Die Bestimmung des Abs. 3 trifft sowohl den Fall der Gleichgründung wie denjenigen der Stufengründung. In ersterem Fall entspricht hiernach für den Zweck der Wahl des ersten Vorstandes die Versammlung der Gründer, ohne daß sie formell als Generalversammlung berufen zu sein braucht, der in der Satzung als Wählerin des Vorstandes genannten Generalversammlung (vgl. auch oben Anm. I a). Dafür, daß die Satzung schon vorher festgestellt sein muß oder spätestens gleichzeitig festgestellt wird, trifft Vorsorge für den Fall der Gleichgründung § 188 Abs. 2, § 190 Abs. 1, für den Fall der Stufengründung § 189 Abs. 3 Nr. 1 (vgl. jedoch § 189 Anm. III b 2), § 190 Abs. 2. — Nach erfolgter Schaffung eines Vorstandes ist — soweit das Gesetz nichts Gegenteiliges

bestimmt (HGB. § 200 Anm. IIb, vgl. § 187 Anm. II) — dieser allein als berechtigt zur Vertretung der Gesellschaft zu erachten (§ 188 Anm. IIb, BGB. § 54; vgl. BGB. §§ 710, 714).

§ 191.

Gründererklärung.

Die Gründer haben im Falle des § 186 Abs. 2 in einer schriftlichen Erklärung die wesentlichen Umstände darzulegen, von welchen die Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge abhängt.

Sie haben hierbei die vorausgegangenen Rechtsgeschäfte, die auf den Erwerb durch die Gesellschaft hingezielt haben, ferner die Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten beiden Jahren und im Falle des Ueberganges eines Unternehmens auf die Gesellschaft die Betriebserträgnisse aus den letzten beiden Geschäftsjahren anzugeben.

ADH. Art. 209g. **Entw. I** § 177. **Entw. II** § 189.

I. **Gründer.** Vgl. § 187 Anm. I.

II. **Erklärung.**

a. **Voraussetzung der Notwendigkeit** einer Gründererklärung ist das Bedingen einer Nichtbareinlage (§ 186 Anm. II) oder der Übernahme von Vermögensgegenständen (§ 186 Anm. III). Unerheblich ist, ob Gleich- oder Stufengründung vorliegt.

b. **Zeit der Abgabe.** Die Gründererklärung kann erst nach Feststellung der Satzung (§ 182 Anm. IIIa) abgegeben werden, denn vorher steht nicht fest, wer Gründer ist; übernimmt demnächst noch ein Nichtbareinleger einen Grundkapitalanteil (vgl. jedoch § 188 Anm. IIIb, § 189 Anm. IIIa 2), so hat der Nichtbareinleger, da er in den Kreis der Gründer (§ 187) tritt, auch der Gründererklärung beizutreten. Andererseits muß die Gründererklärung abgegeben werden vor der Prüfung des Gründungsherganges durch Vorstand, Aufsichtsrat und Revisoren (§ 193 Abs. 1 Satz 2) und vor Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister (§ 195 Abs. 2 Nr. 2).

c. **Form.** Als Form der Erklärung ist Schriftlichkeit vorgeschrieben; die Erklärung ist bei Anmeldung der Gesellschaft mit zu überreichen (§ 195 Abs. 2 Nr. 2). Unzulässig ist bei Abgabe der Erklärung die Vertretung der Gründer durch andere als gesetzliche Vertreter oder Personen in der Stellung gesetzlicher Vertreter (Düringer-Hachenburg § 49 Anm. II, Staub[s]-Pinner Anm. 4, Ring Nr. 1; dagegen Goldmann Nr. 3; vgl. HGB. § 12 Anm. IIb 1).

d. **Inhalt.** Die in § 191 enthaltenen Bestimmungen, weichen in Einzelheiten von denen des früheren Art. 209g ADH. ab.

1. Wesentliche Umstände, von denen die Angemessenheit der für Nichtbareinlage oder Überlassung gewährten Beträge abhängt. Die in § 191 Abs. 1 ausgesprochene Darlegungspflicht erstreckt sich auf diejenigen Umstände, die von den Gründern bei pflichtmäßiger Sorgfalt nach Maßgabe der in dem fraglichen Zeitpunkt bestehenden Verhältnisse als wesentlich für die Wertbemessung angesehen werden mußten, nicht nur auf diejenigen, die tatsächlich von ihnen als wesentlich angesehen wurden; der anzulegende Maßstab ist mithin ein sachlicher, kein persönlicher (D. 123). Auch Nebenabreden, die als für die Aktiengesellschaft (nicht nur für einzelne der bei Gründung beteiligten Personen) bindend gekennzeichnet werden sollen, z. B. Zusagen über die Beschaffenheit des eingelegten oder überlassenen Gegenstandes, sind in die Gründererklärung aufzunehmen (RG. 18, 68).

2. Vorausgegangene, auf den Erwerb durch die Gesellschaft hinzielende Rechtsgeschäfte. Hierzu gehört z. B. der Kauf durch einen Gründer oder einen Dritten mit der Absicht demnächstiger Einbringung oder Überlassung an die Gesellschaft (Staub[s]-Pinner Anm. 1; vgl. Esser Anm. 2). Ebenso z. B. ein Konsortialvertrag anderer Gründer mit dem Nichtbareinleger oder Überlasser, ein Vertrag, durch den ein Bankhaus

sich verpflichtet oder sich das Recht vorbehält, Anteilrechte des Nichtbareinlegers zu erwerben (Staub⁸-Pinner Anm. 1).

3. Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten beiden Jahren. Gemeint sind die Preise der eingelegten oder überlassenen Gegenstände. Die beiden Jahre sind nicht von der Abgabe der Gründererklärung (so Ring Nr. 2), sondern von der Einlegungs- oder Überlassungserklärung rückwärts zu rechnen. Und zwar gemäß BGB. §§ 187, Abs. 1, 188.

4. Betriebserträgnisse der beiden letzten Geschäftsjahre. Ein Unternehmen geht über, auch wenn einzelne zu dem Unternehmen gehörende Gegenstände von dem Übergang ausgeschlossen werden (OLG. Jena 30 III 01 OLGRspr. 2 436, vgl. § 22 Anm. I d 2). Auch bei Übergang eines Unternehmens sind die Erwerbs- und Herstellungspreise der als Teil des Unternehmens übergehenden Gegenstände im einzelnen anzugeben (OLG. Jena 30 III 01 OLGRspr. 2 437).

III. **Folgen eines Verstoßes.** Über die Haftung auf Schadensersatz wegen Verstoßes gegen § 191 bestimmt § 202 (§ 202 Anm. II a 1), über die Strafbarkeit eines solchen Verstoßes § 313 Abs. 1 Nr. 1 (RGSt. 18 111). Verstöße in der vorgeschriebenen Beschaffenheit der Erklärung können auch zur Ablehnung der Eintragung der Gesellschaft führen (§ 195 Anm. I g).

§ 192.

Prüfung des Gründungshergangs.

Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths haben den Hergang der Gründung zu prüfen.

Gehört ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsraths zu den Gründern oder hat sich ein Mitglied einen besonderen Vortheil oder für die Gründung oder deren Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung ausbedungen oder liegt ein Fall des § 186 Abs. 2 vor, so hat außerdem eine Prüfung durch besondere Revisoren stattzufinden.

Die Revisoren werden durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ, in Ermangelung eines solchen durch das Gericht bestellt, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat.

ADH. Art. 209 h Abs. 1. **Entw. I** § 178. **Entw. II** § 190.

I. **Prüfung durch Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder.** Die Prüfung des Gründungshergangs durch die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats muß stets erfolgen, gleichgültig ob Gleichgründung oder ob Stufengründung vorliegt, und gleichgültig ob gemäß § 192 Abs. 2 außerdem noch eine Prüfung durch Revisoren stattzufinden hat oder nicht. Die Prüfung ist nicht dem Vorstand bzw. dem Aufsichtsrat als Körperschaften, sondern jedem einzelnen Mitglied als Pflicht auferlegt. Demgemäß kann auch kein Mitglied durch Mehrheitsbeschluß gezwungen werden, dem schriftlichen Bericht der anderen beizutreten; jeder hat vielmehr das Recht, einen Sonderbericht zu erstatten. Jedes Mitglied für sich (ohne Rücksicht, ob das Gleiche auch bezüglich anderer Mitglieder der Fall) ist ergänzend schadensersatzpflichtig gemäß § 204 bei Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes und strafbar gemäß § 313 Nr. 1 bei wissentlich falschen Angaben der dort gedachten Art. Über den Umfang der Prüfung und das Erfordernis eines schriftlichen Berichts bestimmt § 193 Abs. 1, 2.

II. **Prüfung durch Revisoren.**

a. **Voraussetzung für ihre Notwendigkeit.**

Eine Prüfung durch Revisoren ist außer der Prüfung durch die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats erforderlich, wenn auch nur ein Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats zu den Feststellern der Satzung (§ 182 Anm. III b) gehört oder sich einen besonderen Vorteil oder für die Gründung oder deren Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung ausbedungen hat; ferner, wenn überhaupt — seitens eines Vorstands- oder Aufsichtsrats-

mitgliedes, oder seitens eines Dritten (D. 124) — eine Nichtbareinlage oder eine Überlassung von Vermögensgegenständen erfolgt. Dem Fall, daß ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied Mitfeststeller der Satzung ist, wird entsprechend zu behandeln sein der Fall, daß ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied persönlich haftender Gesellschafter, Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied einer die Satzung mitfeststellenden Gesellschaft oder eines Vereins ist; auch in letzterem Fall wird daher Revision verlangt werden müssen (KG. 3 IX 89 ZHR. 40 471, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 6, Staub[8]-Pinner Anm. 2, Mankiewitz Aufsichtsrat 19; dagegen Küntzel Aufsichtsrat 33 Anm. 77).

Daß der Gründungsaufwand „zu Lasten der Gesellschaft" gewährt wird, ist in § 192 Abs. 2, abweichend von § 186 Abs. 3, nicht als Voraussetzung genannt. Eine entsprechende Schwierigkeit ergibt sich auch bezüglich der Erwähnung der „besonderen Vorteile". Der § 186 Abs. 1 behandelt nur besondere Vorteile, die an Aktionäre gewährt werden. Der dem § 192 Abs. 2 entsprechende Art. 209 h Abs. 1 Satz 2 ADH. enthielt auch bezüglich der „besonderen Vorteile" eine ausdrückliche Rückverweisung auf Art. 209 b, der dem jetzigen § 186 entspricht. Diese Rückverweisung ist jetzt fortgefallen. Im jetzigen § 192 Abs. 2 ist mithin keine Beschränkung auf die an Aktionäre gewährten Sondervorteile mehr vorhanden, und man wird eine solche nicht ausgedrückte Beschränkung nicht hinzuergänzen können. Ist Vorstehendes zutreffend, so würden sowohl bezüglich der besonderen Vorteile, wie bezüglich des Gründungsaufwandes die Voraussetzungen des § 192 Abs. 2 weitere sein als diejenigen des § 186 Abs. 1 und 3 (dagegen Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 6). Auch sachlich ist nur diese Auslegung befriedigend, da die Unparteilichkeit des Prüfers, dem im Zusammenhang mit dem zu prüfenden Hergang eine Belohnung oder ein Vorteil zugewendet wird, in gleicher Weise zweifelhaft ist, ob er nun als Aktionär oder als Nichtaktionär, oder ob er seitens der Gesellschaft oder seitens eines Dritten die Zuwendung erhält.

Unabhängig von der nach dem Gesetz etwa erforderlichen, und dann stets vor Anmeldung der Gesellschaft vorzunehmenden (§ 195 Abs. 2 Nr. 5) Prüfung durch Revisoren (§§ 192—194), kann auch nach Entstehung der AG. durch Beschluß der Generalversammlung oder auf Minderheitsantrag eine Prüfung des Gründungsherganges durch Revisoren angeordnet werden (§ 266).

b. **Zahl der Revisoren.** Aus der Entstehungsgeschichte (KB. 8) ist nicht zu ersehen, ob die Mehrzahl „Revisoren" absichtlich oder nur zufällig gebraucht ist. Aus dem Gebrauch der Mehrzahl wird abgeleitet, daß mindestens zwei Revisoren ernannt werden müssen (Pinner II 2, Staub[8]-Pinner Anm. 4, Goldmann Nr. 7). Indessen ist im Gesetz in anderen Fällen (z. B. §§ 146, 298) behördlich zu ernennender Personen die Mehrzahl gebraucht, wo die Ernennung nur einer Person zweifellos zulässig ist (§ 298 Anm. I a 2). Und auch im § 266 kann die dort gebrauchte Mehrzahl „Revisoren" nicht so ausgelegt werden, daß hierdurch die Möglichkeit nur eines Revisors ausgeschlossen würde (§ 266 Anm. II a). Daher wird auch für § 192 anzunehmen sein, daß dort die Mehrzahl „Revisoren" nur im Anschluß an die Übung, mehrere Revisoren zu bestellen, gebraucht ist, aber nicht die Möglichkeit ausschließen soll, daß nur ein Revisor ernannt wird.

III. **Ernennung der Revisoren.** Die Ernennung der Revisoren des § 192 (abweichend bezüglich der Revisoren des § 266) erfolgt durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ. In dessen Ermangelung — nach neu aufgenommener Bestimmung — durch das Gericht des Sitzes der Gesellschaft (oder, für den Fall der Stufengründung, durch das Gericht des in der Satzung in Aussicht genommenen Sitzes). Das „für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ" ist für Preußen in der Regel die Handelskammer; das Ministerium kann jedoch bestimmen, daß die Befugnis von der etwa neben der Handelskammer noch bestehenden kaufmännischen Korporation wahrzunehmen ist (G. 24 II 70 / 19 VIII 97, GS. 97 355, G. 2 VI 02 GS. 161); für Hamburg, Bremen, Lübeck ist die Handelskammer zuständig (Rudorff zu § 192 Abs. 3). Soweit in einem Bundesstaat verschiedene Vertretungsorgane dieser Art bestehen, ist es nach D. 125 Sache der Landesregierung, die nötigen Bestimmungen zu treffen. Über das Verfahren bei Ernennung von Revisoren durch das Gericht bestimmt FGG. §§ 145, 146 (abgedruckt hinter HGB. § 16). Als zum Antrag auf Bestellung von

sich verpflichtet oder sich das Recht vorbehält, Anteilrechte des Nichtbareinlegers zu erwerben (Staub^s-Pinner Anm. 1).

3. Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten beiden Jahren. Gemeint sind die Preise der eingelegten oder überlassenen Gegenstände. Die beiden Jahre sind nicht von der Abgabe der Gründererklärung (so Ring Nr. 2), sondern von der Einlegungs- oder Überlassungserklärung rückwärts zu rechnen. Und zwar gemäß BGB. §§ 187, Abs. 1, 188.

4. Betriebserträgnisse der beiden letzten Geschäftsjahre. Ein Unternehmen geht über, auch wenn einzelne zu dem Unternehmen gehörende Gegenstände von dem Übergang ausgeschlossen werden (OLG. Jena 30 III 01 OLGRspr. 2 436, vgl. § 22 Anm. I d 2). Auch bei Übergang eines Unternehmens sind die Erwerbs- und Herstellungspreise der als Teil des Unternehmens übergehenden Gegenstände im einzelnen anzugeben (OLG. Jena 30 III 01 OLGRspr. 2 437).

III. **Folgen eines Verstoßes.** Über die Haftung auf Schadensersatz wegen Verstoßes gegen § 191 bestimmt § 202 (§ 202 Anm. II a 1), über die Strafbarkeit eines solchen Verstoßes § 313 Abs. 1 Nr. 1 (RGSt. 18 111). Verstöße in der vorgeschriebenen Beschaffenheit der Erklärung können auch zur Ablehnung der Eintragung der Gesellschaft führen (§ 195 Anm. I g).

§ 192.

Prüfung des Gründungshergangs.

Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths haben den Hergang der Gründung zu prüfen.

Gehört ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsraths zu den Gründern oder hat sich ein Mitglied einen besonderen Vortheil oder für die Gründung oder deren Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung ausbedungen oder liegt ein Fall des § 186 Abs. 2 vor, so hat außerdem eine Prüfung durch besondere Revisoren stattzufinden.

Die Revisoren werden durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ, in Ermangelung eines solchen durch das Gericht bestellt, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat.

ADH. Art. 209h Abs. 1. **Entw. I** § 178. **Entw. II** § 190.

I. **Prüfung durch Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder.** Die Prüfung des Gründungshergangs durch die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats muß stets erfolgen, gleichgültig ob Gleichgründung oder ob Stufengründung vorliegt, und gleichgültig ob gemäß § 192 Abs. 2 außerdem noch eine Prüfung durch Revisoren stattzufinden hat oder nicht. Die Prüfung ist nicht dem Vorstand bzw. dem Aufsichtsrat als Körperschaften, sondern jedem einzelnen Mitglied als Pflicht auferlegt. Demgemäß kann auch kein Mitglied durch Mehrheitsbeschluß gezwungen werden, dem schriftlichen Bericht der anderen beizutreten; jeder hat vielmehr das Recht, einen Sonderbericht zu erstatten. Jedes Mitglied für sich (ohne Rücksicht, ob das Gleiche auch bezüglich anderer Mitglieder der Fall) ist ergänzend schadensersatzpflichtig gemäß § 204 bei Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes und strafbar gemäß § 313 Nr. 1 bei wissentlich falschen Angaben der dort gedachten Art. Über den Umfang der Prüfung und das Erfordernis eines schriftlichen Berichts bestimmt § 193 Abs. 1, 2.

II. **Prüfung durch Revisoren.**

a. **Voraussetzung für ihre Notwendigkeit.**

Eine Prüfung durch Revisoren ist außer der Prüfung durch die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats erforderlich, wenn auch nur ein Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats zu den Feststellern der Satzung (§ 182 Anm. III b) gehört oder sich einen besonderen Vorteil oder für die Gründung oder deren Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung ausbedungen hat; ferner, wenn überhaupt — seitens eines Vorstands- oder Aufsichtsrats-

mitgliedes, oder seitens eines Dritten (D. 124) — eine Nichtbareinlage oder eine Überlassung von Vermögensgegenständen erfolgt. Dem Fall, daß ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied Mitfeststeller der Satzung ist, wird entsprechend zu behandeln sein der Fall, daß ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied persönlich haftender Gesellschafter, Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied einer die Satzung mitfeststellenden Gesellschaft oder eines Vereins ist; auch in letzterem Fall wird daher Revision verlangt werden müssen (KG. 3 IX 89 ZHR. 40 471, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 6, Staub[8]-Pinner Anm. 2, Mankiewitz Aufsichtsrat 19; dagegen Küntzel Aufsichtsrat 33 Anm. 77).

Daß der Gründungsaufwand „zu Lasten der Gesellschaft" gewährt wird, ist in § 192 Abs. 2, abweichend von § 186 Abs. 3, nicht als Voraussetzung genannt. Eine entsprechende Schwierigkeit ergibt sich auch bezüglich der Erwähnung der „besonderen Vorteile". Der § 186 Abs. 1 behandelt nur besondere Vorteile, die an Aktionäre gewährt werden. Der dem § 192 Abs. 2 entsprechende Art. 209h Abs. 1 Satz 2 ADH. enthielt auch bezüglich der „besonderen Vorteile" eine ausdrückliche Rückverweisung auf Art. 209b, der dem jetzigen § 186 entspricht. Diese Rückverweisung ist jetzt fortgefallen. Im jetzigen § 192 Abs. 2 ist mithin keine Beschränkung auf die an Aktionäre gewährten Sondervorteile mehr vorhanden, und man wird eine solche nicht ausgedrückte Beschränkung nicht hinzuergänzen können. Ist Vorstehendes zutreffend, so würden sowohl bezüglich der besonderen Vorteile, wie bezüglich des Gründungsaufwandes die Voraussetzungen des § 192 Abs. 2 weitere sein als diejenigen des § 186 Abs. 1 und 3 (dagegen Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 6). Auch sachlich ist nur diese Auslegung befriedigend, da die Unparteilichkeit des Prüfers, dem im Zusammenhang mit dem zu prüfenden Hergang eine Belohnung oder ein Vorteil zugewendet wird, in gleicher Weise zweifelhaft ist, ob er nun als Aktionär oder als Nichtaktionär, oder ob er seitens der Gesellschaft oder seitens eines Dritten die Zuwendung erhält.

Unabhängig von der nach dem Gesetz etwa erforderlichen, und dann stets vor Anmeldung der Gesellschaft vorzunehmenden (§ 195 Abs. 2 Nr. 5) Prüfung durch Revisoren (§§ 192—194), kann auch nach Entstehung der AG. durch Beschluß der Generalversammlung oder auf Minderheitsantrag eine Prüfung des Gründungsherganges durch Revisoren angeordnet werden (§ 266).

b. **Zahl der Revisoren.** Aus der Entstehungsgeschichte (KB. 8) ist nicht zu ersehen, ob die Mehrzahl „Revisoren" absichtlich oder nur zufällig gebraucht ist. Aus dem Gebrauch der Mehrzahl wird abgeleitet, daß mindestens zwei Revisoren ernannt werden müssen (Pinner II 2, Staub[8]-Pinner Anm. 4, Goldmann Nr. 7). Indessen ist im Gesetz in anderen Fällen (z. B. §§ 146, 298) behördlich zu ernennender Personen die Mehrzahl gebraucht, wo die Ernennung nur einer Person zweifellos zulässig ist (§ 298 Anm. I a 2). Und auch im § 266 kann die dort gebrauchte Mehrzahl „Revisoren" nicht so ausgelegt werden, daß hierdurch die Möglichkeit nur eines Revisors ausgeschlossen würde (§ 266 Anm. II a). Daher wird auch für § 192 anzunehmen sein, daß dort die Mehrzahl „Revisoren" nur im Anschluß an die Übung, mehrere Revisoren zu bestellen, gebraucht ist, aber nicht die Möglichkeit ausschließen soll, daß nur ein Revisor ernannt wird.

III. **Ernennung der Revisoren.** Die Ernennung der Revisoren des § 192 (abweichend bezüglich der Revisoren des § 266) erfolgt durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ. In dessen Ermangelung — nach neu aufgenommener Bestimmung — durch das Gericht des Sitzes der Gesellschaft (oder, für den Fall der Stufengründung, durch das Gericht des in der Satzung in Aussicht genommenen Sitzes). Das „für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ" ist für Preußen in der Regel die Handelskammer; das Ministerium kann jedoch bestimmen, daß die Befugnis von der etwa neben der Handelskammer noch bestehenden kaufmännischen Korporation wahrzunehmen ist (G. 24 II 70 / 19 VIII 97, GS. 97 355, G. 2 VI 02 GS. 161); für Hamburg, Bremen, Lübeck ist die Handelskammer zuständig (Rudorff zu § 192 Abs. 3). Soweit in einem Bundesstaat verschiedene Vertretungsorgane dieser Art bestehen, ist es nach D. 125 Sache der Landesregierung, die nötigen Bestimmungen zu treffen. Über das Verfahren bei Ernennung von Revisoren durch das Gericht bestimmt FGG. §§ 145, 146 (abgedruckt hinter HGB. § 16). Als zum Antrag auf Bestellung von

Revisoren berechtigt ist nur der Vorstand zu erachten (§ 190 Anm. II; a. M. Rudorff zu § 192 Abs. 3). Das Gericht darf nicht auch ohne Antrag Revisoren bestellen (FGG. § 146; a. M. Rudorff zu § 192 Abs. 3). Aus § 192 Abs. 2 ist abzuleiten, daß niemand zum Revisor ernannt werden soll, der in einer der in § 192 Abs. 2 erwähnten Beziehungen zur Gesellschaft steht.

§ 193.

Umfang der Prüfung. Prüfungsbericht.

Die Prüfung hat sich insbesondere auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben zu erstrecken, die in Ansehung der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals sowie in Ansehung der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen von den Gründern gemacht sind. Der Inhalt der im § 191 bestimmten Erklärung ist auch in der Richtung zu prüfen, ob bezüglich der Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge Bedenken obwalten.

Ueber die Prüfung ist unter Darlegung der im Abs. 1 bezeichneten Umstände schriftlich Bericht zu erstatten.

Sind die Revisoren durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ bestellt, so haben sie diesem ein Exemplar des Berichts einzureichen. Die Einsicht des eingereichten Berichts ist Jedem gestattet.

ADH. Art. 209h Abs. 2, 3. **Entw. I** § 179. **Entw. II** § 191.

I. **Prüfer.** Der § 193 Abs. 1 und 2 bezieht sich sowohl auf die Prüfung durch die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats, wie auf diejenige durch die gemäß § 192 ernannten Revisoren.

II. **Gegenstand und Umfang der Prüfung.**

a. **Allgemeines.** Gegenstand der Prüfung ist allgemein der Hergang der Gründung (§ 192 Abs. 1). Hieraus ergibt sich von selbst auch der Umfang der vorzunehmenden Prüfung: der ganze Hergang ist zu prüfen. Der § 193 Abs. 1 gibt nur Beispiele, er hebt hervor, daß insbesondere auch die Angabe der Gründer noch bezüglich ihrer Richtigkeit und Vollständigkeit und bezüglich der Angemessenheit der von ihnen für eingelegte und überlassene Gegenstände befürworteten Gewährungen zu prüfen sind. Jeder der Prüfer ist zur Prüfung des ganzen Hergangs verpflichtet. Dies gilt auch bezüglich der Revisoren, soweit nicht bei Bestellung der Auftrag enger begrenzt wird. Daß eine solche Begrenzung des Auftrags beabsichtigt ist, wird unter Umständen angenommen werden können, wenn die Prüfung eine Sachkunde nach verschiedenen Richtungen erfordert, und die Besteller wußten, daß jeder der mehreren Revisoren nur nach einer dieser Richtungen sachverständig sei, wenn z. B. die Übernahme einer Fabrik in Frage steht und ein Kaufmann und ein Techniker zu Revisoren ernannt sind (OLG. Dresden 25 X 98 HoldheimsMSchr. 313). Ist bei Bestellung der Auftrag nicht ausdrücklich oder stillschweigend enger begrenzt, so muß jeder Teil des Gründungsherganges von allen bestellten Revisoren geprüft werden; teilen sie trotzdem die Prüfung unter sich, so bleibt doch jeder für die gesamte Prüfung verantwortlich (zust. Staub[7] Anm. 4, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 13; abw. Staub[8]-Pinner Anm. 4).

b. **Im einzelnen.**

1. Urkunden, die für den Gründungshergang in Betracht kommen, sind zu prüfen. Sowohl dahin, ob ihre Form die vorgeschriebene ist, wie auch dahin, ob ihr Inhalt den Vorschriften des Gesetzes entspricht. So die Verhandlung über Feststellung der Satzung (§ 182 Anm. III c) und die Satzung selbst (§ 182 Anm. IV, V), die Übernahmeverhandlung bei Gleichgründung (§ 188 Anm. III b), die Zeichnungsscheine bei Stufengründung (§ 189 Anm. III), ein etwaiger Prospekt (§ 189 Anm. I b), die über Gewährung besonderer Vorteile, über Nichtbareinlagen oder Überlassung von Vermögensgegenständen sowie über Gewährung von Gründungsentschädigung oder -belohnung abgeschlossenen Verträge (§ 186

Anm. I b, II c, III b, V, VI), die Gründererklärung (§ 191 Anm. II), die Verhandlung über Bestellung des ersten Vorstands und Aufsichtsrats (§ 190). Auch die Urkunden über die Wahl der Revisoren (Küntzel Aufsichtsrat 36).

2. Angaben der Gründer über Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals. Nach dem Gesetz hat die Prüfung vor der Anmeldung zu erfolgen, und erst gelegentlich der letzteren sind ausdrückliche Angaben der Gründer über Zeichnung und über Einzahlung des Grundkapitals vorgeschrieben (§ 195 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3). Die Zeichnung des ganzen Grundkapitals ist allerdings (bei der Stufengründung) Voraussetzung der schon vor Prüfung zu bewirkenden Bestellung des ersten Aufsichtsrats und ersten Vorstands; in der Berufung der Generalversammlung behufs jener Bestellung liegt daher die Angabe, daß das ganze Grundkapital gezeichnet sei. Bezüglich der Einzahlung folgt aber aus den Vorschriften des Gesetzes auch nicht mittelbar, daß sie vor Prüfung erfolgt sein müsse; vielmehr muß als zulässig erachtet werden, daß die Einforderung erst nach der Prüfung geschieht. Üblich ist allerdings eine frühere Einforderung. Über deren Ergebnis aber bestimmte Angaben zu machen, haben die Gründer vor Prüfung keine Veranlassung. Immerhin wird man aus §§ 193, 194 zu schließen haben, daß die Prüfer hierauf bezügliche Angaben der Gründer erfordern können, und daß sie dann berechtigt und verpflichtet sind, die so gemachten Angaben auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu untersuchen. — Zur Prüfung der Zeichnung des Grundkapitals gehört auch in dem verkehrsüblichen Umfang die Prüfung, ob der Zeichner zahlungsfähig ist (vgl. § 202 Abs. 3, M. 111); ähnlich Goldmann Nr. 4, der fordert, daß jedem Zweifel an der Zahlungsfähigkeit nachzugehen und im Bericht Ausdruck zu geben sei; a. M. Ring Nr. 2, Staub[8]-Pinner Anm. 2, Küntzel Aufsichtsrat 35, welche die Prüfung der Zahlungsfähigkeit nur dann für geboten erachten, wenn hierüber ausdrückliche Angaben der Gründer vorliegen oder allgemein die Zahlungsunfähigkeit der betreffenden Personen bekannt ist.

3. Angaben der Gründer in Ansehung der in § 186 vorgesehenen Festsetzungen. Vorgeschrieben sind für die Zeit vor Prüfung solche Angaben nur bezüglich Nichtbareinlagen und Überlassung von Vermögensgegenständen (§ 191), nicht auch bezüglich besonderer Vorteile und Gründungsaufwand. Sollen sie wirksam gegenüber der Gesellschaft werden, so müssen allerdings bestimmte Festsetzungen auch über gewährte besondere Vorteile und gewährten Gründungsaufwand in die Satzung aufgenommen werden, und da die Feststeller der Satzung Gründer sind, so kann man möglicherweise in Ansehung der Festsetzungen des § 186 auch den Inhalt der Satzung als eine Angabe der Gründer auffassen (so M. 108). Derartige Angaben der Gründer können ferner auch in einem etwaigen Prospekt (§ 189 Anm. I b) enthalten sein. Endlich wird man auch in dieser Beziehung (wie vorstehend zu 2) aus §§ 193, 194 schließen können, daß die Prüfer hieraufbezügliche Angaben seitens der Gründer erfordern können; dies wird namentlich bezüglich des Gründungsaufwandes notwendig sein, da dieser in der Satzung nur in einer Gesamtsumme angegeben zu werden braucht (§ 186 Abs. 3). Über die erforderlichen Angaben bei Anmeldung vgl. § 195 Abs. 2 Nr. 2.

4. Angemessenheit der für Nichtbareinlagen oder Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährenden Beträge. Ob auch hierauf die Prüfung zu erstrecken sei, war früher streitig; das HGB. entscheidet die Frage ausdrücklich bejahend (D. 124). Auch das Wertbemessen ist ein Hergang (LG. I Berlin 16 XII 98 KGBl. 98).

III. **Prüfungsbericht.** Der Prüfungsbericht der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats sowie etwaiger Revisoren ist schriftlich (unterzeichnet, BGB. § 126) zu erstatten, unter Darlegung der einzelnen Umstände, auf welche sich nach § 193 Abs. 1 die Prüfung namentlich erstrecken soll. Der Bericht ist bei der Anmeldung der Gesellschaft mit zum Handelsregister einzureichen (§ 195 Abs. 2 Nr. 5). Sind die Revisoren durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ bestellt (§ 192 Anm. III), so ist der von ihnen erstattete Bericht außerdem durch sie jenem Organ einzureichen (§ 193 Abs. 3) und von letzterem zur Einsicht für jedermann aufzulegen (§ 199 Abs. 2, D. 126); über die Einreichung ist den Vertretern der Gesellschaft eine Bescheinigung zu erteilen (§ 195 Abs. 2 Nr. 5), und in der Veröffentlichung

bei Eintragung der Gesellschaft ist auf die Möglichkeit der Einsichtnahme auch bei jener Behörde hinzuweisen (§ 199 Abs. 2). Da jeder einzelne Prüfer für seine Prüfung selbständig verantwortlich ist (§ 192 Anm. I), so kann, soweit keine Einigung zustande kommt, jeder einen eignen Prüfungsbericht erstatten (vgl. § 195 Abs. 2 Nr. 5: „Berichte"). Der Bericht der Revisoren wird in der Regel gesondert von dem Bericht der Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats erstattet; notwendig ist dies nicht.

§ 194.

Meinungsverschiedenheiten, Auslagen, Vergütung.

Ergeben sich zwischen den im § 192 Abs. 2, 3 bezeichneten Revisoren und den Gründern Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der von den Gründern zu gewährenden Aufklärungen und Nachweise, so entscheidet endgültig diejenige Stelle, von welcher die Revisoren ernannt sind. Solange sich die Gründer weigern, der Entscheidung nachzukommen, unterbleibt die Erstattung des Prüfungsberichts.

Die Revisoren haben Anspruch auf Ersatz angemessener baarer Auslagen und auf Vergütung für ihre Thätigkeit. Die Auslagen und die Vergütung werden durch die im Abs. 1 bezeichnete Stelle festgesetzt.

ADH. — **Entw. I** § 180. **Entw. II** § 192.

I. **Meinungsverschiedenheiten über Umfang der erforderlichen Aufklärungen und Nachweise.** Der § 194 betrifft nur die Prüfung durch Revisoren, nicht auch die Prüfung durch die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtrats. Wenn in § 194 Abs. 1 vorausgesetzt ist, daß den ersteren die Gründer Aufklärungen und Nachweise zu geben verpflichtet sind, so besteht gegenüber den letzteren dieselbe Pflicht, auch ohne daß dies ausdrücklich ausgesprochen ist. Wird den Revisoren eine für ihre Prüfung erforderliche Aufklärung oder ein hierfür erforderlicher Nachweis trotz Aufforderung nicht erteilt, so haben sie, wie nach früherem Recht (vgl. D. 125), die Wahl, ob sie die Erstattung des Prüfungsberichts ablehnen oder ob sie lediglich in dem Prüfungsbericht das Verhalten der Gründer darlegen wollen. Neu gibt ihnen § 194 Abs. 1 das fernere Recht, die Entscheidung derjenigen Behörde, von der sie ernannt sind (§ 192 Anm. III), anzurufen. Auch die Gründer können gegenüber den Revisoren die Entscheidung jener Behörde anrufen. Daß bei jeder Meinungsverschiedenheit die Revisoren verpflichtet seien, die Behörde anzurufen, ist aus dem Wortlaut des § 194 Abs. 1 nicht zu entnehmen (dagegen Staub[7] Anm. 1, Ring Nr. 1); sie können vielmehr abwarten, ob infolge ihrer Ablehnung nun die Gründer die Behörde anrufen. Ist die Entscheidung der Behörde von einem der beiden Teile angerufen worden, und ist sie gegen die Gründer ausgefallen, weigern sich aber die Gründer, der Entscheidung nachzukommen, so haben die Revisoren nun keine Wahl mehr, müssen vielmehr die Erstattung des Prüfungsberichts ablehnen. Die Revisoren dürfen jedoch, auch wenn die Weigerung der Gründer andauert, trotz solcher Entscheidung auf Grund neuer Erwägung, z. B. weil von anderer Seite ihnen Aufklärung erteilt ist, ihre Anforderung fallen lassen und nunmehr dennoch den Prüfungsbericht erstatten (Staub[7] Anm. 1; dagegen Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 4, Staub[8]-Pinner Anm. 1); denn sobald die Revisoren ihre Anforderung fallen lassen, besteht für die Zukunft keine Weigerung der Gründer. Die Nichterstattung des Prüfungsberichts hat zur Folge, daß die Gesellschaft nicht als AG. zur Entstehung gelangen kann (§ 195 Abs. 2 Nr. 5, § 200 Abs. 1 Satz 1). Entscheidet die Behörde gegen die Revisoren, so müssen diese nunmehr den Bericht erstatten, dürfen aber in ihm zum Ausdruck bringen, daß nach ihrer Meinung in den streitigen Beziehungen keine genügenden Aufklärungen oder Nachweise vorliegen. — Die Vorschrift, daß die ernennende Stelle „endgültig" entscheide, ist dahin zu verstehen, daß Beschwerde unzulässig ist.

II. **Ersatz von Auslagen, Vergütung für Tätigkeit.** Während nach dem ADH. die Höhe der Vergütung von der Vereinbarung zwischen Gründern und Revisoren abhing, ist in § 194

Abs. 2, um die Revisoren unabhängiger zu stellen (D. 126), die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung derjenigen Behörde überwiesen worden, die in dem betreffenden Fall die Revisoren ernannt hat (§ 192 Anm. III). Ist das Gericht die zuständige Behörde, so ist für das Verfahren der § 146 FGG. (abgedruckt hinter HGB. § 16) für entsprechend anwendbar zu erachten (ebenso Staub[7] Anm. 2; dagegen Goldmann Nr. 8, Staub[8]-Pinner Anm. 2). Beschwerde ist zulässig, da hier nicht wiederholt ist, daß die Entscheidung „endgültig" sei. Und zwar, falls in der Tat FGG. § 146 maßgebend ist, die sofortige (FGG. § 146 Abs. 2), anderenfalls die einfache (FGG. § 19). — Die Vergütung, die den Revisoren gewährt wird, fällt unter § 186 Abs. 3 (§ 186 Anm. V c).

§ 195.

Anmeldung.

Die Gesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, von sämmtlichen Gründern und Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung sind beizufügen:

1. der Gesellschaftsvertrag und die im § 182 Abs. 1 und im § 188 Abs. 2 bezeichneten Verhandlungen;
2. im Falle des § 186 die Verträge, welche den dort bezeichneten Festsetzungen zu Grunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind, die im § 191 vorgesehene Erklärung und eine Berechnung des der Gesellschaft zur Last fallenden Gründungsaufwandes, in der die Vergütungen nach Art und Höhe und die Empfänger einzeln aufzuführen sind;
3. wenn nicht alle Aktien von den Gründern übernommen sind, zum Nachweise der Zeichnung des Grundkapitals die Duplikate der Zeichnungsscheine und ein von den Gründern unterschriebenes Verzeichniß aller Aktionäre, welches die auf jeden entfallenden Aktien sowie die auf die letzteren geschehenen Einzahlungen angiebt;
4. die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes und des Aufsichtsraths;
5. die gemäß § 193 Abs. 2 erstatteten Berichte nebst ihren urkundlichen Grundlagen sowie im Falle des § 193 Abs. 3 die Bescheinigung, daß der Prüfungsbericht der Revisoren bei dem zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organ eingereicht ist;
6. wenn der Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf, sowie in den Fällen des § 180 Abs. 2 die Genehmigungsurkunde.

In der Anmeldung ist die Erklärung abzugeben, daß auf jede Aktie, soweit nicht andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen bedungen sind, der eingeforderte Betrag baar eingezahlt und im Besitze des Vorstandes ist. Der Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, und der hierauf baar eingezahlte Betrag sind anzugeben; dieser muß mindestens ein Viertheil des Nennbetrags und im Falle der Ausgabe von Aktien für einen höheren als den Nennbetrag auch den Mehrbetrag umfassen. Als Baarzahlung gilt nur die Zahlung in deutschem Gelde, in Reichskassenscheinen sowie in gesetzlich zugelassenen Noten deutscher Banken.

Die Mitglieder des Vorstandes haben ihre Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Die der Anmeldung beigefügten Schriftstücke werden bei dem Gericht in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift aufbewahrt.

ADH. Art. 210. **Entw. I** § 181. **Entw. II** § 193.

I. **Anmeldung.**

a. **Zuständiges Gericht** ist das Gericht (§ 8 Anm. I) des Sitzes (§ 182 Anm. IV b 2). Über die Anmeldung von Zweigniederlassungen bestimmt § 201.

b. **Anmelder** sind sämtliche Gründer (§ 187) und alle Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats (§ 190). Ist nicht die volle vorgeschriebene (§ 243 Anm. II a) Zahl der Aufsichtsratsmitglieder vorhanden, so muß Ergänzung auf jene Zahl vorgenommen oder die Satzung (bzw. die etwa sonst zulässige Vorschrift, § 243 Anm. II a) entsprechend geändert werden, bevor gültige Anmeldung erfolgen kann (KG. 11 VII 02 EntschFG. 3 124 KGJ. 24 A 200 OLGRspr. 5 278). — Stirbt ein Gründer nach Errichtung (§ 188 Anm. II) der Gesellschaft, so sind an seiner Stelle seine Erben zur Vornahme der für die Eintragung noch erforderlichen Handlungen berechtigt (vgl. OLG. Dresden 4 XII 00 OLGRspr. 2 516, 4 23; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 5; dagegen Staub[7] Anm. 3 und in ZHR. 53 213). Stirbt der Gründer nach Unterzeichnung der Anmeldung, aber vor Einreichung, so ist, wenn demnächst eingereicht wird, genügend angemeldet (OLG. Dresden OLGRspr. 4 22), außer wenn dargetan wird, daß der Verstorbene den Auftrag zur Einreichung widerrufen hatte.

c. **Pflicht** zur Anmeldung?

1. Bewirkung der Anmeldung. Der Staat übt keinen Zwang dahin aus, daß die erste Anmeldung der Gesellschaft als einer Aktiengesellschaft bewirkt wird (§ 319 Abs. 2, RG. 21 250; vgl. § 175 Anm. III). Dagegen können Beteiligte ein Recht auf Bewirkung der Anmeldung haben (vgl. Staub[8]-Pinner Anm. 24, 25). Auch ist zu beachten, daß eine in den Formen der Aktiengesellschaft „errichtete" Gesellschaft immerhin schon vor Eintragung als ein Verein, wenngleich als nichtrechtsfähiger, anzusehen ist (§ 188 Anm. II b). Betreibt sie vor Eintragung ein Handelsgewerbe oder ein Gewerbe von Art und Umfang wie in § 2 genannt, so ist sie daher eintragungspflichtig (ebenso Staub[7] Anm. 4; dagegen Ring Nr. 1) in entsprechender Anwendung des § 33 (§ 33 Anm. II, § 188 Anm. II b; dagegen Ring Nr. 1, Staub[7] Anm. 4, Goldmann Nr. 9); diese Eintragung ist erzwingbar, durch sie wird die Gesellschaft aber nicht zur Aktiengesellschaft.
2. Rücknahme der Anmeldung. Im Verhältnis zum Registergericht kann (nach allgemeinen Grundsätzen) jeder Anmelder seine Erklärung zurücknehmen, bis auf Grund derselben eine richterliche Verfügung, welche die erfolgte Anmeldung voraussetzt, ergangen ist (RG. 5 22 bezüglich der in Anm. e 2 genannten Erklärung). Dies ist bei Gleichgründung die richterliche Eintragungsverfügung. Bei Stufengründung wäre es die Verfügung betreffs Berufung der errichtenden Generalversammlung; doch erstreckt für diesen Fall der § 196 Abs. 3 Satz 2 für die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats (nicht auch für die Gründer) die Frist weiter bis zur Beschlußfassung über die Gesellschaftserrichtung.

d. **Form** der Anmeldung. Vgl. § 12 Anm. I. Inwieweit Stellvertretung bei Anmeldung zulässig, vgl. § 12 Anm. II b, auch RG. 26 73.

e. **Inhalt** der Anmeldung.

1. Erklärung, daß die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister als Aktiengesellschaft angemeldet werde (§ 195 Abs. 1). Im Fall der Gleichgründung ist zur Zeit der Anmeldung die Gesellschaft bereits errichtet (§ 188); im Fall der Stufengründung soll die Errichtung erst nachfolgen (§ 196). Abweichend vom ADH. ist nicht der „Gesellschaftsvertrag" anzumelden; er ist vielmehr nur der Anmeldung beizufügen (D. 126, unten Anm. I f 1).
2. Erklärung, „daß auf jede Aktie, soweit nicht andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen bedungen sind, der eingeforderte Betrag

bar eingezahlt und im Besitz des Vorstands ist" (§ 195 Abs. 3 Satz 1). Die Übernahme von Grundkapitalanteilen unter Nichtbareinlage (§ 186 Anm. II) wird hier als Ausnahme genannt. Ob Nichtbareinlagen bereits dem Vorstand übergeben sind, darüber ist eine Erklärung nicht erforderlich. — Barzahlung vgl. unten Anm. IV d. Die Erklärung lautet dahin, daß auf „jede Aktie", d. h. jeden einzelnen Grundkapitalanteil, die vorgeschriebene Einzahlung erfolgt ist; die Erklärung darf daher nicht abgegeben werden, wenn zwar die Gesamtsumme aller Einzahlungen den insgesamt eingeforderten Betrag erreicht, aber bezüglich einzelner Grundkapitalanteile der auf diese eingeforderte Betrag nicht eingezahlt ist (RGSt. **26** 67, **33** 253, KGJ. **4** 30). — Im Besitz des Vorstands vgl. unten Anm. IV e. — Über die Strafbarkeit wissentlich falscher Angaben bestimmt § 313 Nr. 1. Die sachliche Unrichtigkeit der Erklärung berechtigt nicht zur Anfechtung der Eintragung (RG. **54** 392).

3. Angabe des Ausgabebetrags (§ 184 Anm. I) und des auf diesen Ausgabebetrag (also: auf das Einlageversprechen, § 184 Anm. I) bar eingezahlten Betrags (§ 195 Abs. 3 Satz 2). Der angegebene Ausgabebetrag ist nach Eintragung der Gesellschaft zu veröffentlichen (§ 199 Abs. 1 Nr. 2). Über die Strafbarkeit wissentlich falscher Angaben bestimmt § 313 Nr. 1.
4. Ort der Handelsniederlassung? Vgl. § 198 Anm. III c.

f. **Beizufügende Urkunden** (§ 195 Abs. 2). Diese Urkunden sind bei dem Gericht in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift aufzubewahren (§ 195 Abs. 5). Über Einsichtnahme und Abschriftserteilung § 9 Anm. I, II.

1. Satzung (§ 182 Anm. I); § 195 Abs. 2 Nr. 1. Bei Stufengründung ist eine Abänderung der Satzung in der errichtenden Generalversammlung, also nach Anmeldung, aber vor Eintragung, nicht ausgeschlossen (§ 196 Abs. 5).
2. Verhandlung über Satzungsfeststellung (§ 182 Anm. III); § 195 Abs. 2 Nr. 1.
3. Falls Gleichgründung durch Übernahme des Grundkapitalrests nach Satzungsfeststellung (§ 188 Abs. 2) stattgefunden hat, die Nachtrags-Übernahmeverhandlung (§ 188 Anm. III b); § 195 Abs. 2 Nr. 1.
4. Falls ein Sondervorteil an einen Aktionär oder Gründungsaufwand gewährt wird, oder falls eine Nichtbareinlage oder eine Übernahme von Vermögensgegenständen erfolgt (§ 186 **Abs. 1—3**), die Verträge, die den hierüber gemäß § 186 in die Satzung aufzunehmenden Festsetzungen „zu grund liegen" (§ 186 Anm. I b, II c, III b, V) „oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind"; § 195 Abs. 2 Nr. 2.
5. Falls eine Nichtbareinlage oder eine Übernahme von Vermögensgegenständen erfolgt (§ 186 **Abs.** 2), außer den vorstehend zu 4 bezeichneten Urkunden die Gründererklärung (§ 191); § 195 Abs. 2 Nr. 2. Über den außerdem einzureichenden Bericht der Revisoren vgl. nachstehend zu 10.
6. Falls zu Lasten der Gesellschaft Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung gewährt wird (§ 186 **Abs. 3**), außer den vorstehend zu 4 bezeichneten Urkunden eine Berechnung dieses Gründungsaufwands, „in der die Vergütungen nach Art und Höhe und die Empfänger einzeln aufzuführen sind"; § 195 Abs. 2 Nr. 2. Diese Berechnung braucht nicht besonders unterschrieben zu werden; die Unterschriften in der Anmeldungserklärung decken auch den Inhalt dieser Anlage. Zweck der aufzustellenden Übersicht ist nicht eine Rechnungsabnahme, sondern nur die Offenbarung der Aufwendungen; daher genügt z. B. die Angabe in einer Summe bei mehreren Vergütungen für gleichartige Aufwendungen an denselben Empfänger, oder die Angabe der Gesamtsumme für Portoausgaben, ohne daß für jede einzelne Ausgabe ein Beleg beigefügt zu werden braucht (M. 108).
7. Falls Stufengründung (§ 189 Anm. I; vgl. § 188 Anm. III a) erfolgt, die Doppel der Zeichnungsscheine (§ 189 Anm. III a) und ein von den Gründern (§ 187) unterschriebenes Verzeichnis aller Aktionäre (§ 211 Anm. I a), welches die auf jeden entfallenden Grundkapitalanteile (§ 179 Anm. III) sowie die auf die letzteren geschehenen Einzahlungen (§ 195 Anm. IV) angibt; § 195 Abs. 2 Nr. 3. Die Beglaubigung der

Unterschrift unter diesem Verzeichnis ist nicht mehr, wie früher der Fall war (ADHG. Art. 210 Abs. 2 Nr. 2), gefordert.

8. Die Urkunden über Bestellung des Vorstands und des Aufsichtsrats: § 195 Abs. 2 Nr. 4. Bei Gleichgründung die Verhandlung über Bestellung durch die Gründer (§ 190 Anm. Ia, II), bei Stufengründung das Protokoll der bestellenden Generalversammlung der Zeichner (§ 190 Anm. Ib, II); in beiden Fällen jedoch bezüglich des Vorstands, wenn dieser nach der Satzung anders als durch Wahl der Generalversammlung zu bestellen ist (§ 190 Abs. 3), die Urkunde über diese anderweite Bestellung. — Da nur die Annahme der Bestellung den Bestellten zum Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats macht (§ 243 Anm. IIb 2), so würde auch die Annahme nachzuweisen sein; indessen bedarf die Annahme keiner besonderen Form (§ 243 Anm. IIb 2; dagegen Rudorff zu § 190 Abs. 1), liegt daher in schlüssiger Weise in der Regel bereits darin, daß die betreffenden Personen mitanmelden. — Für den Fall der Umwandlung einer KAG. in eine AG. vgl. § 333 Abs. 1 Satz 2: „öffentlich beglaubigte Abschrift der Urkunden". — Ob der Registerrichter die Nichteinhaltung der zweimonatlichen Einberufungsfrist für die Wahlversammlung bei Stufengründung (§ 190 Abs. 2) selbst dann zu beachten hat, wenn die einmonatliche Anfechtungsfrist aus § 271 ohne Anfechtung abgelaufen ist, vgl. § 197 Anm. IIa, § 273 Anm. Vb 3.

9. Der Prüfungsbericht der Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats (§ 193 Anm. III) nebst urkundlichen Grundlagen (z. B. Schätzungen von Sachverständigen über Werte, Angaben der Gründer); § 195 Abs. 2 Nr. 5.

10. Falls Revisoren ernannt werden mußten (§ 192 Anm. II), außerdem der Prüfungsbericht der Revisoren (§ 193 Anm. III); § 195 Abs. 2 Nr. 5.

11. Falls die Revisoren von dem für die Vertretung des Handelsstands berufenen Organ ernannt sind (§ 192 Anm. III), die Bescheinigung über Einreichung ihres Prüfungsberichts bei diesem Organ (§ 193 Abs. 3); § 195 Abs. 2 Nr. 5.

12. Falls staatliche Genehmigung für den Gegenstand des Unternehmens erforderlich ist (vgl. GewO. §§ 6, 12, 29ff., HypBankG. § 1, PrivVUntG. § 4), die Genehmigungsurkunde. Nicht auch, wenn für eine einzelne Betriebsanlage, die voraussichtlich für den Geschäftsbetrieb erforderlich sein wird, Genehmigung erforderlich ist; nicht also in den Fällen der GewO. § 16 (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 14; dagegen Ring Nr. 8, Goldmann Nr. 21). Der Richter muß sich entscheiden, ob er eine Genehmigung für erforderlich hält (KG. 26 V 02 OLGRspr. 5 35). Erachtet er sie für nötig, so hat er Beibringung der Genehmigungserklärung zu fordern. Falls dann aber die Verwaltungsbehörde den Gegenstand des Unternehmens nicht für einen der Genehmigung bedürfenden ansieht und aus diesem Grund die Genehmigung ablehnt, so genügt eine Beifügung dieses Bescheids (M. 117, Staub[8]-Pinner Anm. 14, Lehmann Recht d. AG. 1 302 Anm. 4, Esser Anm. 4, Goldmann Nr. 20; zweifelnd Ring Nr. 8; vgl. nachstehend zu 13). Der Wortlaut des Gesetzes spricht zwar für die hier verworfene Ansicht. Entscheidend erscheint aber, daß durch die Bestimmung des § 195 Abs. 2 Nr. 6 nur verhindert werden sollte, daß eine AG. eingetragen werde, die demnächst mangels Genehmigung der Verwaltungsbehörde ihr Gewerbe nicht treiben könne (M. 116), dieser Gesichtspunkt aber sich erledigt, wenn die Verwaltungsbehörde das Gewerbe nicht für genehmigungsbedürftig erachtet.

13. Falls die Grundkapitalanteile weniger als 1000 Mk. betragen, ohne daß die Übertragung der Anteilrechte an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden wird, — die gemäß § 180 Abs. 2 erforderliche Urkunde über Genehmigung des Bundesrats. Der Richter hat nicht außerdem auch nachzuprüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Bundesrat die Genehmigung erteilen durfte (M. 67, Rudorff zu § 180, Ring § 180 Nr. 2, Lehmann Recht d. AG. 1 302 Anm. 4, Staub[8]-Pinner § 180 Anm. 3). Zwar folgt dies nicht aus der Nichterwähnung dieser Prüfungspflicht in § 195 Abs. 2 Nr. 6, denn § 195 Abs. 2 enthält nicht die einzigen Gegenstände der Prüfung. Die Tätigkeit des Registerrichters bei Bewirkung von Eintragungen ist aber keine eigentlich richterliche, sondern überwiegend eine im Interesse der äußeren Ordnung geübte Verwaltungstätigkeit.

Deshalb wird im Zweifel anzunehmen sein, daß, soweit das Gesetz ausdrücklich einer hohen Verwaltungsbehörde, wie dem Bundesrat, eine Prüfung zuweist, nicht dem Registerrichter die nochmalige Prüfung derselben Frage zugewiesen werden sollte. Für das erkennende Gericht dagegen, für welches die Frage der Richtigkeit der Entscheidung des Bundesrats nur als Nebenpunkt in Betracht kommen kann, würde diese Entscheidung nicht als bindend zu erachten sein.

g. **Umfang der Prüfungsbefugnis und -pflicht des Registergerichts.** Vgl. § 12 Anm. VI.

1. Allgemeines. Zur Prüfung der angemeldeten Tatsachen auf ihre Richtigkeit ist das Registergericht in der Regel nicht berufen (§ 12 Anm. VI a 2, b, M. 115; abw. Staub[8]-Pinner § 198 Anm. 11). Daher hat das Gericht, falls nicht besondere Verdachtsgründe vorliegen, auch nicht die Richtigkeit der oben zu I e 2 genannten Erklärung (KG. 2 VII 02 EntschFG. 3 126) oder des Inhalts der oben zu I f 4, 6 genannten Schriftstücke zu prüfen, sich vielmehr mit der Erklärung und der Tatsache der Einreichung jener Schriftstücke zu begnügen. Ebenso hat das Gericht sich wohl in der Regel auf die Prüfung des unterschriebenen Aktionärverzeichnisses (oben zu I f 7) zu beschränken und nicht auch die einzelnen ihm zu grund liegenden Zeichnungsscheine zu prüfen (ähnlich Rudorff zu § 189 Abs. 3; dagegen, wie es scheint, KGJ. 4 31). Dagegen hat nach allgemeinen Grundsätzen das Gericht zu prüfen, ob die angemeldeten Tatsachen genügen, um zur Eintragung zu führen (§ 12 Anm. VI a 4). Hieraus folgt, daß es — soweit keine die eigene Prüfung erübrigenden Erklärungen der Beteiligten vorliegen — prüfen muß, ob die Vorschriften des Gesetzes über den Gründungshergang befolgt worden sind, z. B. die Vorschriften über den Inhalt der Gründererklärung des § 191 (OLG. Jena 30 III 01 OLGRspr. 2 435); ferner auch, daß es zu prüfen hat, ob die Verfassung der angemeldeten Gesellschaft, insbesondere auch der Inhalt ihrer Satzung (KGJ. 3 13), den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Wenn dies nicht der Fall, so ist die Eintragung abzulehnen (KGJ. 4 35, 8 16; vgl. ROH. 20 96) oder zunächst eine Frist zur Beseitigung des Mangels zu stellen. Liegt dagegen keine Gesetzwidrigkeit vor, so darf der Richter die Eintragung nicht wegen Mängel bloß in der Fassung der Satzung ablehnen (KGJ. 4 35); insbesondere nicht, weil die Fassung in einer die gesetzlichen Voraussetzungen der Eintragung nicht berührenden Frage zu Mißverständnissen führen kann (KGJ. 3 13). Das bloße Fehlen eines Vorbehalts in der Satzung, daß Beschlüsse der Generalversammlung nur „unter Beobachtung der zwingenden Vorschriften des HGB." gültig gefaßt werden können, gibt keinen Grund zur Ablehnung der Eintragung; anders, wenn die Absicht der Vereitelung einer gesetzlichen Bestimmung Ausdruck in der Satzung gefunden hat (KGJ. 5 33). Die Eintragung muß abgelehnt werden, wenn auch nur einzelne Vorschriften der Satzung unzulässig sind; der Registerrichter darf — außer soweit § 274 Abs. 1 Satz 2 eingreift — selbst mit Zustimmung von Vorstand und Aufsichtsrat nicht jene unzulässigen Vorschriften ausscheiden, sondern, da die Satzung ein Ganzes ist, bedarf es eines Satzungsänderungsbeschlusses der Generalversammlung (OLG. Dresden 27 III 00 OLGRspr. 1 487, ObLG. München 27 X 00 OLGRspr. 2 516). — Bei Änderung der Gesetzgebung kann das Registergericht die bestehenden Aktiengesellschaften nicht zwingen, die Satzung entsprechend dem neuen Gesetz zu ändern (OLG. Dresden 15 III 87 ZHR. 35 249). — Inwieweit das Prüfungsrecht des Gerichts reicht, wenn keine Anmeldung, sondern nur eine Einreichung (z. B. § 259 Abs. 5, § 265 Abs. 2) in Frage steht, vgl. § 12 Anm. VI b, § 265 Anm. III.

2. Während Bestehens der AG. insbesondere. Dieselben Regeln wie bei der Anmeldung kommen auch während Bestehens der AG. zur Anwendung. Abzulehnen ist die Eintragung derjenigen Satzungsänderungen oder sonstigen Beschlüsse, die nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften unzulässig sind (KGJ. 5 31, ObLG. München 4 VII 90 ZHR. 40 477). Insbesondere auch die Eintragung von Änderungen, die eine Verletzung von Sonderrechten enthalten (KGJ. 2 28, ROH. 20 96). Über den Einfluß der Anfechtung oder Nichtanfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses auf das Verfahren vor dem Registergericht vgl. § 273 Anm. V. Bei Anmeldung von Änderungen sind auch die hier-

mit zusammenhängenden früheren Beschlüsse, selbst wenn sie eingetragen sind, nicht der Prüfung entzogen (KGJ. 2 29, 5 32, FGG. § 144 Abs. 2).

II. **Zeichnung der Unterschrift.** Über die Form der Zeichnung vgl. § 12 Anm. I. Über Vertretung bei Zeichnung vgl. § 12 Anm. III b. Über die Art, in welcher bei Abgabe von Willenserklärungen für die AG. gezeichnet werden soll, bestimmt § 233. Nach § 195 Abs. 4 haben bei Anmeldung der Gesellschaft die Mitglieder des Vorstands zur Aufbewahrung bei dem Gericht nur ihren Namen, nicht auch die Firma der Aktiengesellschaft zu zeichnen. Ob das Gleiche auch bei späterer Anmeldung neuer Vorstandsmitglieder gilt, vgl. § 234 Anm. III.

III. **Bareinlage.** Einlage vgl. § 105 Anm. I h, § 178 Anm. III. Aus § 195 Abs. 3 ist die Begriffsbestimmung dessen zu entnehmen, was im Sinn des Handelsgesetzbuchs als „durch Barzahlung zu leistende Einlage" anzusehen ist. Im Gegensatz zur Bareinlage steht die Nichtbareinlage (§ 186 Anm. II). Die Fassungskommission der Reichstagskommission hatte an allen in Betracht kommenden Stellen die Worte „durch Barzahlung" in die Worte „in Geld" umgewandelt. Sie war davon ausgegangen, daß auch das BGB. (§ 733 Abs. 2) und das GmbHG. (§ 5 Abs. 4, § 19 Abs. 2, 3) diese Ausdrucksweise angenommen habe, auch in HGB. § 212 der Ausdruck „Geld" gebraucht sei. Ferner sei der Ausdruck „durch Barzahlung" nicht ganz zutreffend, denn der Begriff der Zahlung schließe die Eigentumsübertragung und (?) die Zahlung durch den Schuldner in Person in sich. Auf beides (?) komme es hier nicht an, sondern nur auf das Zahlungsmittel. Dieses sei aber nur das Geld, denn Abs. 3 Satz 3 verpflichte nicht zur Annahme der dort außer dem Geld aufgeführten Zahlungsmittel. Die Änderung der Fassungskommission wurde in der Reichstagskommission rückgängig gemacht, da kein zwingender Grund vorliege, die Ausdrucksweise des ADH. zu ändern, und unter „Geld" auch ausländisches verstanden werden könne (KB. 62).

IV. **Vorgeschriebene Einzahlung.**

a. **Beschränkung auf Bareinlagen.**

1. Ist Nichtbareinlage vor Anmeldung zu leisten? Der § 195 Abs. 3 trifft nur Anordnung über die Leistung von Bareinlagen (entsprechend auch § 218; § 218 Anm. I b). Daraus folgt, daß Nichtbareinlagen weder ganz noch teilweise zur Zeit der Gesellschaftsanmeldung bereits geleistet zu sein brauchen. Ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 20, Ring Nr. 9, Goldmann Nr. 30. Das Gegenteil scheint allerdings in HGB. § 305 Abs. 1 vorausgesetzt zu sein, indem dort § 284 Abs. 3 für (ausnahmsweise; D. 168) unanwendbar erklärt ist, während bei Zugrundlegung der hier vertretenen Ansicht die Unanwendbarkeit selbstverständlich wäre (§ 305 Anm. III e 2). Behrend § 117 Anm. 12, CosackHR. § 117 III 4 verlangen volle Leistung der Nichtbareinlagen vor Anmeldung, und Begründung 44 zu GmbHG. § 7 Abs. 2 „gemacht" bemerkt, daß die Nichtbareinlage „vor der Eintragung unverkürzt zur Verfügung gestellt werde, wenn auch unter Umständen die weiter zur Erfüllung der Einlageverpflichtung noch erforderlichen Rechtsakte, wie namentlich die grundbuchmäßige Übertragung des Eigentums an Immobilien, zunächst noch vorbehalten bleiben müssen." Über Auflassung an die AG. vor deren Eintragung vgl. § 200 Anm. II a 2. — Auch bei Grundkapitalerhöhung bedarf es keiner Leistung der Nichtbareinlage vor Anmeldung des Erfolgtseins der Erhöhung (§ 284 Anm. II e 2). — Ist teils bare, teils nichtbare Einlage versprochen, so ist nachzuweisen nur die Einlegung von einem Viertel des Bareinzulegenden (Staub GmbHG. § 7 Anm. 14, Staub[8]-Pinner Anm. 21) zuzüglich des Teils eines etwaigen Aufgelds, der auf den durch Bareinlegung zu deckenden Teil der übernommenen Grundkapitalanteile entfällt.

2. Darf ein Anteilrecht ohne Einlagepflicht gewährt werden? Aus der Fassung des § 195 Abs. 3 Satz 1 muß abgeleitet werden, daß von Barzahlung nur abgesehen werden kann, wenn überhaupt eine Einlage, obgleich eine Nichtbareinlage vereinbart ist. Daher ist es unzulässig, Anteilrechte ohne jede Kapitaleinlageverpflichtung (§ 211 Anm. II) einzuräumen (Esser Anm. 3). Einzelne Zeichnungsscheine, in denen weder eine Bareinlage noch eine Nichtbareinlage übernommen ist, würden nichtig sein (RG. 42 4). Welche Folgen eintreten, wenn die Nichtübernahme von Einlageverpflichtungen

wesentlicher Bestandteil des Vereinserrichtungswillens aller Beteiligten, vgl. § 309 Anm. III b 1, 2.

b. **Einforderung.** Vgl. § 218 Anm. II. Einzufordern ist — soweit nicht vor Einforderung freiwillige Zahlung erfolgt — mindestens der Betrag, der nach § 195 Abs. 3 Satz 2 bei Anmeldung eingezahlt sein muß. Schon die Zeichnungsscheine müssen den Betrag der erstmaligen Einforderung enthalten (§ 189 Abs. 3 Nr. 3). Das Gezahlte ist zurückzuzahlen, wenn demnächst die Errichtung der Gesellschaft nicht erfolgt (BGB. § 812 Satz 2, ROH. 22 219).

c. **Mindesteinzahlungsbetrag.** Die Einzahlung muß bezüglich jedes (oben Anm. I e 2) durch Bareinlagen zu deckenden Grundkapitalanteils sich auf den vollen eingeforderten Betrag belaufen (§ 195 Abs. 3 Satz 1), selbst wenn mehr eingefordert ist (§ 189 Anm. III b 5) als eingefordert werden muß (M. 112); mindestens aber muß eingezahlt sein ein Viertel des Nennbetrags, und falls der Ausgabebetrag (§ 184 Anm. I) höher ist als der Nennbetrag außerdem der volle Unterschied zwischen Ausgabe- und Nennbetrag (§ 195 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2). Volle Zahlung liegt nicht vor, solange Rückstände, wenn auch wirtschaftlich unbedeutende, vorhanden sind (RGSt. **14** 37; vgl. Ausnahmebestimmung in § 278 Abs. 1 Satz 3).

d. **Barzahlung.**

1. Bar. Eine Barzahlung ist nur die Zahlung in deutschem Geld (G. 4 XII 71, 9 VII 73), in Reichskassenscheinen (G. 30 IV 74) sowie in gesetzlich zugelassenen Noten deutscher Banken (G. 14 III 75). Barzahlung ist daher nicht (abweichend für „Geldzahlung" im Sinn des GmbHG. RG. **41** 122, RGSt. **36** 186) die Hingabe eines Schecks (KB. 64) oder eines eigenen Wechselakzepts (RGSt. **26** 67; ob hierin eine Nichtbareinlage liegen kann, vgl. § 186 Anm. II a). Ebensowenig eine Leistung durch Aufrechnung (M. 86, RG. **42** 4, § 186 Anm. II b; vgl. jedoch § 221 Anm. III). Auch nicht die Gutschrift bei einem Bankier (unten Anm. IV e). Die Gesellschaft ist mangels besonderer Abrede nicht verpflichtet (KB. 9, KB. 62 oben Anm. III), von dem Zahlungspflichtigen Zahlung in anderer Weise anzunehmen, als in Geld (BankG. 14 III 75 / 7 VI 99 § 2, KassenscheinG. 30 IV 74 § 5) und in den gesetzlich bestimmten Münzsorten (MünzG. 9 VII 73 Art. 9, 15 Nr. 1 u. Ergänzungsgesetze 20 IV 74, 6 I 76, 28 II 92, 1 VI 00).
2. Zahlung ist nur möglich durch Übertragung zu Eigentum (KB. 62, oben Anm. III; vgl. RGSt. **24** 290, **30** 317). An diesem Merkmal muß auch bezüglich der „Barzahlung" festgehalten werden (dagegen KB. 62); hierauf weist auch das Wort „einzahlen" hin (vgl. RGSt. **24** 298). So genügt nicht, daß der Einleger das Geld an die Gesellschaft nur leiht für die Zeit, während deren die Erklärung über erfolgte Barzahlung abgegeben wird. Ebensowenig liegt Zahlung vor, wenn der Einleger das Geld nur geliehen hat und dies Geld zwar vorübergehend dem Vorstand aushändigt, der Vorstand aber nicht gutgläubig ist, so daß er Eigentum für die Gesellschaft nicht erwirbt (RGSt. **24** 287, **30** 314). So selbst, wenn nicht der Ausdruck „Leihe", sondern fälschlich der Ausdruck „Darlehn" gebraucht ist (RGSt. **30** 316). Andererseits braucht Zahlung nicht notwendig Eigentumsübertragung durch den Schuldner zu sein (BGB. § 362 Abs. 1, § 267; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 18, Ring Nr. 9, Rudorff zu § 186, Goldmann Nr. 27; dagegen KB. 62), der übereignete Betrag braucht nicht aus dem Vermögen des Schuldners zu kommen (RGSt. **30** 318; vgl. RG. **26** 72); vielmehr genügt auch Eigentumsübertragung durch einen Dritten für Rechnung des Schuldners, so z. B. wenn der vom Zeichner angewiesene Bankier das Geld aussondert und mit dem Vorstand vereinbart, es fortan für die Gesellschaft zu besitzen (BGB. § 930). Keine Barzahlung ist ein Übergeben von Geld ohne ernstlichen Willen der Eigentumsübertragung (RGSt. **24** 289, **30** 318, vgl. RG. **47** 272).

e. **Im Besitz des Vorstands** muß das Bargezahlte zur Zeit der Anmeldung sein. Dies Merkmal ist ein zu dem Begriff der Barzahlung hinzukommendes (dagegen RGSt. **24** 291).

1. Besitz. Der Besitz braucht nicht unmittelbarer (BGB. § 854) zu sein, kann vielmehr auch mittelbarer (BGB. § 868), muß jedoch Eigenbesitz (BGB. § 872) sein. Und zwar Eigenbesitz der (vom Vorstand vertretenen, BGB. § 855) Gesellschaft (§ 188 Anm. II b).

Nur die Gesellschaft (wenn sie auch bei Stufengründung noch nicht die letzte Stufe der Errichtung erreicht hat) kann als Besitzerin in Betracht kommen (vgl. RG. 5 21: „zur Verfügung der Organe als solcher", 5 22: „für sie in Besitz genommen"); hierauf weist auch die Fassung des Gesetzes, trotz ihrer Ungenauigkeit, hin, indem dort von einem Besitz „des Vorstands", also der Gesellschaftsbehörde (die in eigenem Namen überhaupt nicht Rechte erwerben kann, ROH. 18 182), nicht etwa von einem Besitz der „Vorstandsmitglieder", also der einzelnen Personen, gesprochen ist. Die Zulassung auch des mittelbaren Besitzes als genügend kann nach der Fassung des Gesetzes nicht zweifelhaft sein. Denn da die Worte „im Besitze" im HGB. beibehalten sind, trotzdem durch das BGB. reichsgesetzlich der Begriff des Besitzes festgelegt wird, so ist nunmehr die Begriffsbestimmung des BGB. maßgebend. In der Regel wird als mittelbarer Besitz nur der Besitz des in Verwahrung Gebenden in Betracht kommen. Die Hingabe des Eingezahlten in Verwahrung sollte gestattet sein (KB. 10: „regulariter deponiert"). Aber auch eine Überlassung seitens des Vorstands an einen Dritten zu Pfand wird nicht durch § 195 Abs. 3 ausgeschlossen (dagegen Goldmann Nr. 29); ebensowenig durch § 200 Abs. 1 Satz 2 (§ 200 Anm. II a); doch können dem Überlassen zu Pfand und dem Begründen der durch das Pfand zu sichernden Verbindlichkeit je nach den Umständen des Einzelfalls sonstige Verbote entgegenstehen.

2. Nicht genügt Verfügungsmöglichkeit ohne Besitz. Absichtlich sind in das HGB. nicht die in dem entsprechenden § 8 Abs. 2 GmbHG. gebrauchten Worte „in der freien Verfügung" aufgenommen worden (KB. 63; vgl. RG. 41 121). Die Begriffe „Besitz" und „freie Verfügung" müssen daher auseinandergehalten werden. „Im Besitz" ist nicht immer schon was „zur sofortigen Verfügung der Gesellschaft steht"; die Möglichkeit freier Verfügung war allerdings der Zweck, der durch die gesetzlichen Vorschriften erreicht werden sollte (RGSt. 30 318); das im Gesetz ausdrücklich vorgeschriebene Mittel zur Erreichung dieses Zwecks ist jedoch hiervon verschieden, in gewissen Richtungen reicht es weiter, in gewissen anderen Richtungen weniger weit als jener Zweck. Weil keinen Besitz vermittelnd, genügt insbesondere nicht die Gutschrift (ohne Aussonderung) bei einem, wenngleich sicheren Bankier (RGSt. 24 9; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 19), selbst nicht bei der Reichsbank (KB. 9, KB. 63, RG. 14 XI 04 HoldheimsMSchr. 05 246). Ebensowenig genügt die Übernahme einer Verpflichtung des Bankiers, die Summe zur Verfügung der Gesellschaft zu halten, es sei denn, daß in einer solchen Erklärung eine Besitzübertragung liegt (Bolze 9 Nr. 481 steht nicht entgegen; die Entscheidung ist identisch mit RG. 26 69, wo der betreffende Satz fehlt; wirkliche Hinterlegung bei dem Bankier für die Gesellschaft stand in jenem Fall in Frage).

3. Des Vorstands Besitz. Ungenügend ist, wenn der Betrag sich im Besitz der Mitglieder des Aufsichtsrats befindet (es sei denn, daß der Vorstand ihnen Fremdbesitz, BGB. § 868, eingeräumt hat), denn sie sind nicht zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt.

4. Nur bei Anmeldung braucht der Vorstand im Besitz der Barzahlung zu sein; wie er in der Zeit zwischen Anmeldung und Eintragung den eingezahlten Betrag verwalten, ob er ihn gesondert aufbewahren oder anlegen will, bleibt seinem pflichtmäßigen Ermessen vorbehalten (KB. 64; vgl. M. 112). Die Bestimmungen über die Beschränkung von Rückzahlungen auf die Einlagen (§ 213 Anm. I b, § 215 Anm. III a) kommen bereits für diese Zwischenzeit zur Anwendung (RG. 5 22).

§ 196.

Errichtungsversammlung.

Haben die Gründer nicht alle Aktien übernommen, so beruft das im § 195 bezeichnete Gericht eine Generalversammlung der in dem Verzeichniß aufgeführten Aktionäre zur Beschlußfassung über die Errichtung der Gesellschaft.

Die Versammlung findet unter der Leitung des Gerichts statt.

Der Vorstand und der Aufsichtsrath haben sich über die Ergebnisse der ihnen

in Ansehung der Gründung obliegenden Prüfung auf Grund der im § 193 Abs. 2 bezeichneten Berichte und ihrer urkundlichen Grundlagen zu erklären. Jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths kann bis zur Beschlußfassung die Unterzeichnung der Anmeldung zurückziehen.

Die der Errichtung der Gesellschaft zustimmende Mehrheit muß mindestens ein Viertheil aller in dem Verzeichniß aufgeführten Aktionäre umfassen; der Betrag ihrer Antheile muß mindestens ein Viertheil des gesammten Grundkapitals darstellen. Auch wenn diese Mehrheit erreicht wird, gilt die Errichtung als abgelehnt, sofern hinsichtlich eines Theiles der Aktionäre die Voraussetzungen des § 186 vorliegen und sich die Mehrheit der von anderen Aktionären abgegebenen Stimmen gegen die Errichtung erklärt.

Die Zustimmung aller erschienenen Aktionäre ist erforderlich, wenn die im § 182 Abs. 2 Nr. 1 bis 4, im § 183, im § 184 Abs. 2 sowie die im § 185 bezeichneten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags abgeändert oder die im § 186 vorgesehenen Festsetzungen zu Lasten der Gesellschaft erweitert werden sollen. Dasselbe gilt, wenn die Dauer der Gesellschaft über die im Gesellschaftsvertrage bestimmte Zeit verlängert oder die im Gesellschaftsvertrage für Beschlüsse der Generalversammlung vorgesehenen erschwerenden Erfordernisse beseitigt werden sollen.

Die Beschlußfassung ist zu vertagen, wenn es von den Aktionären mit einfacher Stimmenmehrheit verlangt wird.

ADH. Art. 210a. **Entw. I** § 182. **Entw. II** § 194.

I. Berufung.
II. Verhandlung.
III. Beschlußfassung.

I. **Berufung.** (Vgl. § 197).

a. **„Haben die Gründer nicht alle Aktien übernommen“**, d. h. „im Fall der Stufengründung“ (§ 188 Anm. III a).

b. **„Das in § 195 bezeichnete Gericht“** ist das Registergericht des Sitzes (§ 195 Anm. I a).

c. **Verzeichnis.** Vgl. § 195 Anm. I f 7.

d. **Aktionäre.** Vgl. § 211 Anm. I a.

e. **Prüfung vor Berufung.** Bestritten ist, ob die Berufung ohne Vorprüfung zu erfolgen hat, wenn nur ein Schriftstück vorliegt, das sich „rein äußerlich“ als Anmeldung einer AG. darstellt (so Ring Nr. 2; vgl. auch M. 115, OLG. Dresden 22 XII 85 ZHR. 35 240), oder ob zunächst die Anmeldung und ihre Unterlagen auf ihre gesetzlichen Erfordernisse zu prüfen sind (so Staub[8]-Pinner Anm. 1). Man wird zu unterscheiden haben (zust. Goldmann Nr. 3). Die Prüfung des Richters (§ 195 Anm. I g) soll im Endergebnis nur eine unzulässige Eintragung verhindern. Deshalb wird eine Ablehnung der Berufung einer Errichtungsversammlung nicht wegen solcher Mängel der Anmeldung erforderlich (zust. KG. 5 X 05 EntschFG. 6 184) oder auch nur zulässig (dagegen KG. a. a. O.) sein, die noch durch Beschlüsse dieser Versammlung beseitigt werden können und deren tatsächliche Beseitigung mit einiger Wahrscheinlichkeit erwartet werden darf. Dagegen liegt kein Grund vor, erst die Berufung einer Generalversammlung zu bewirken, wenn Mängel der Anmeldung vorliegen, die nicht heilbar durch Generalversammlungsbeschlüsse sind; denn in diesen Fällen steht von vornherein fest, daß die Eintragung abgelehnt werden muß, gleichgültig was die spätere Generalversammlung beschließt. Insoweit hiernach eine Generalversammlung trotz vorhandener Mängel berufen wird, kann allerdings der Fall vorkommen, daß die Versammlung nicht die Beschlüsse faßt, die vom Richter für nötig zur Heilung des Mangels erachtet werden. Dann wird noch nach der Versammlung die Eintragung abzulehnen sein.

f. **Form der Berufung.** Zur Anwendung kommt § 197 als Sondervorschrift, die für Anwendung des allgemeinen § 16 FGG. (abgedruckt hinter § 16 HGB.) keinen Raum läßt.

II. **Verhandlung.** (Vgl. § 197).

a. **Leitung.** Leiter der Versammlung ist der Registerrichter (§ 196 Abs. 2). Er hat gleichzeitig die Beiseitigung etwa noch vorhandener, die Eintragung hindernder Mängel anzuregen (oben Anm. I e).

b. **Erklärungen von Vorstand und Aufsichtsrat.** Nach der Fassung des § 196 Abs. 3 ist anzunehmen, daß sowohl Vorstand wie Aufsichtsrat als Behörde die Erklärung abzugeben haben (M. 217). Nicht „ihnen", d. h. diesen Behörden, sondern den einzelnen Mitgliedern der Behörde lag nach § 192 Abs. 1 die Prüfung des Herganges der Gründung ob (§ 192 Anm. I). Alle Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats, die von einer unter Verstoß gegen § 314 Nr. 1 (§ 197 Anm. IIb 3) namens des Vorstands oder Aufsichtsrats abgegebenen Erklärung Kenntnis haben und ihr nicht sofort widersprechen, sind als strafbar anzusehen. Jedes Mitglied ist zu einem solchen Widerspruch verpflichtet, auch wenn die Kundgebung dem Beschluß der Mehrheit innerhalb des Vorstands bzw. des Aufsichtsrats entspricht (M. 217). Auf die vorgeschriebenen Erklärungen von Vorstand und Aufsichtsrat kann die Generalversammlung nicht wirksam verzichten (M. 217). Auch nicht, wenn die Erschienenen einstimmig sind (Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 17, Staub[8]-Pinner Anm. 6; dagegen Rudorff, Staub[7] Anm. 6).

c. **Zurückziehung der Unterzeichnung der Anmeldung.** Der § 196 Abs. 3 Satz 2 läßt nur eine Zurückziehung seitens jedes Mitglieds von Vorstand und Aufsichtsrat zu. Gründer, die nicht Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats sind, können daher ihre Unterzeichnung der Anmeldung nicht mehr zurückziehen, nachdem die Verfügung (§ 195 Anm. Ic) über Berufung der Errichtungsversammlung ergangen ist. Zieht ein Mitglied seine Unterschrift zurück, so wird eine neue Anmeldung und die Berufung einer neuen Errichtungsversammlung erforderlich (M. 217).

d. **Stimmrecht.** Für das Stimmrecht sind die Vorschriften entsprechend anwendbar, die für die Gesellschaft nach Eintragung maßgebend sein würden (§ 197). Zur Anwendung kommen mithin § 252 und der Inhalt der festgestellten Satzung (§ 197 Anm. II). Eine Abweichung gilt insoweit, daß (entgegen dem § 252 Abs. 3) auch diejenigen Aktionäre Stimmrecht haben, mit denen die Gesellschaft, indem sie errichtet wird, ein Rechtsgeschäft der in § 186 genannten Art (Sondervorteile oder Gründungsaufwand, Übernahme von Vermögensgegenständen) schließt. Dies folgt aus § 196 Abs. 4 Satz 2 (D. 127), der jedoch eine andere Art der Beschränkung vorsieht. Nichtbareinleger schließen nicht in höherem Grad als Bareinleger, ein „Rechtsgeschäft" mit der Gesellschaft (§ 186 Anm. IIc), auf sie wäre daher § 252 Abs. 3 ohnedies nicht anwendbar; dennoch gilt auch für sie die Beschränkung des § 196 Abs. 4 Satz 2. — Auf Grund einer erfolgten Übertragung (§ 200 Anm. IIIa) von Anteilrechten kann nicht ein Stimmrecht in Anspruch genommen werden (§ 200 Abs. 2, D. 127; anders war Art. 210a Abs. 4 ADH. gefaßt); dagegen sind Erben stimmberechtigt (D. 127) mit der Maßgabe des § 225.

III. **Beschlußfassung.** (Vgl. 197).

a. **Errichtungsbeschluß.** Die Errichtung der Gesellschaft (§ 182 Anm. IIIa, § 188 Anm. II) ist beschlossen nur, wenn bei der hierüber stattfindenden Abstimmung, bei welcher jeder, auch ein Gründer, nach freiem Ermessen stimmen darf, folgende Erfordernisse erfüllt sind:

1. Die Mehrheit der nach § 252 und den Bestimmungen der festgestellten Satzung (§ 182 Anm. III) zu berechnenden (§ 197) Stimmen muß sich dafür erklären.

2. Diese Mehrheit muß ein Viertel aller in dem Verzeichnis (§ 195 Anm. I f 7) aufgeführten Grundkapitalanteil-Übernehmer (§ 211 Anm. I a) umfassen. Ist ein in dem Verzeichnis aufgeführter Übernehmer in der Zwischenzeit verstorben, so zählen seine Erben als eine Person, denn bezüglich der Zahl wird auf das Verzeichnis zurückverwiesen; also muß auch die damalige Zeit maßgebend sein (vgl. D. 127 und § 225; die abweichende Fassung des Art. 210a Abs. 4 ADH. würde zu dem gegenteiligen Ergebnis geführt haben). Eine

„Übertragung" übt keine Wirkung für die Berechnung der Zahl der Stimmenden (§ 200 Abs. 2, D. 127; abweichend nach früherem Recht).

3. Der Betrag ihrer Grundkapitalanteile muß mindestens ein Viertel des Grundkapitals darstellen.
4. Bei Nichtrechnung der (für oder gegen Errichtung abgegebenen; D. 127) Stimmen derjenigen Grundkapitalanteil-Übernehmer, welche etwa einen besonderen Vorteil (§ 186 Abs. 1) oder eine zu Lasten der Gesellschaft gehende Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung (§ 186 Abs. 3) erhalten oder welche Nichtbareinlagen leisten oder Vermögensgegenstände gegen Vergütung überlassen (§ 186 Abs. 2), muß dennoch eine Mehrheit oder (dagegen D. 127) mindestens eine Gleichzahl der von den übrigen Grundkapitalanteil-Übernehmern abgegebenen (nach den Regeln zu 1 zu berechnenden) Stimmen sich für Errichtung erklärt haben.

b. **Änderung der Satzung.** Auf die Beschlußfassung der Errichtungsversammlung über Satzungsänderungen kommen die allgemeinen Vorschriften der §§ 274 ff. über Satzungsänderungen zur Anwendung, soweit § 196 Abs. 5 nichts Gegenteiliges enthält (§ 197); eine Änderung in Punkten, die § 196 Abs. 5 nicht ausdrücklich erwähnt, ist daher nicht ausgeschlossen (M. 216). Wenn nun für die Beschlußfassung über bestimmte Punkte der § 196 Abs. 5 Erfordernisse aufstellt, so ist zunächst zweifelhaft, ob die dort genannten Erfordernisse die einzigen sein, oder ob sie nur zu den ohnedies für derartige Satzungsänderungen bestehenden Erfordernissen hinzutreten, nur eine Verschärfung enthalten sollten. Welcher der beiden Ansichten man auch folgt, man gelangt in Schwierigkeiten. Grundsätzlich wird man dahin Stellung zu nehmen haben, daß der § 196 Abs. 5 nur eine hinzutretende Verschärfung enthalten soll (ebenso Ring Nr. 9, Staub[8]-Pinner Anm. 10, Goldmann Nr. 32). Nach dieser Richtung deutet die Fassung: „erforderlich", nicht „genügend". Wollte man das Gegenteil annehmen, so würde man z. B. dahin gelangen, daß auf Sonderrechte nicht erschienener Grundkapitalanteil-Übernehmer nicht Rücksicht genommen zu werden braucht (so bei Gattungsbenachteiligung ihrer Anteilrechte, oder Erhöhung ihrer Grundkapitalanteile und entsprechenden Einlagepflicht), oder daß eine Bestimmung der ursprünglich festgestellten Satzung, wonach Satzungsänderungen nur durch bestimmte Mehrheiten des vorhandenen Grundkapitals beschlossen werden können, in der Errichtungsversammlung beseitigt werden kann, auch wenn dort eine solche Mehrheit nicht vertreten ist, oder daß Erhöhungen des Grundkapitals ohne Rücksicht auf Einzahlung zulässig sind. Die hier vertretene Ansicht führt andererseits allerdings dazu, daß bei Vornahme von Satzungsänderungen in der Errichtungsversammlung auch die Bestimmungen über Aufnahme in die Tagesordnung (§ 274 Abs. 2, § 275 Abs. 3 Satz 2) zu beachten sind (dagegen Ring 2, Goldmann Nr. 8), daß mithin Satzungsänderungen in der Errichtungsversammlung in der Regel nur in einer vertagten Versammlung zulässig sein werden; vom Gesetzgeber war dies allerdings nicht beabsichtigt (M. 216). Eine nachträgliche Anmeldung der Satzungsänderung noch vor Eintragung der Gesellschaft ist wohl jedenfalls erforderlich (Esser Anm. 4).

Der § 196 Abs. 5 hebt folgende einzelne Fälle wesentlicher Änderungen der Satzung hervor, in denen ein Änderungsbeschluß nur mit Zustimmung aller erschienenen Grundkapitalanteil-Übernehmer gefaßt werden könne.

1. Jede Änderung der Firma oder des Sitzes der Gesellschaft (§ 182 Abs. 2 Nr. 1), des Gegenstandes des Unternehmens (§ 182 Abs. 2 Nr. 2; vgl. § 275 Abs. 2), der Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Grundkapitalanteile (§ 182 Abs. 2 Nr. 3), der Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes (§ 182 Abs. 2 Nr. 4).
2. Bei jeder Änderung der Bestimmungen „des Gesellschaftsvertrags", daß die Aktien auf Inhaber oder auf Namen zu stellen sind, oder daß eine Umwandlung auf Verlangen des Aktionärs stattzufinden hat (§ 183), oder daß der Ausgabebetrag den Nennbetrag übersteigen dürfe (§ 184 Abs. 2), oder daß Gattungsverschiedenheiten bestehen sollen (§ 185; vgl. § 275 Abs. 3). Da es sich hier um Gegenstände handelt, über welche überhaupt in der betreffenden Satzung nichts enthalten zu sein braucht, so kann zweifelhaft sein, ob auch solche Änderungen von der Verschärfung des § 196 Abs. 5 getroffen sein sollen, durch

welche eine hierauf bezügliche Bestimmung in die betreffende Satzung erst neu aufgenommen wird. Der Wortlaut „des (d. h. doch des betreffenden) Gesellschaftsvertrags" spricht für Verneinung. Dennoch wird für Bejahung zu entscheiden sein, da anderenfalls verschiedene Folgen eintreten würden, z. B. je nachdem, ob in der betreffenden Satzung steht, „daß Namenaktien ausgegeben werden sollen", oder ob dies zufällig nicht ausdrücklich in der Satzung vermerkt ist. Die andererseits aus dieser Gleichstellung beider Fälle sich ergebenden Bedenken (z. B. wenn an den Fall der Schaffung einer benachteiligten Aktiengattung gedacht wird) erledigen sich, wenn daran festgehalten wird, daß § 196 Abs. 5 nur eine Verschärfung, nicht einen Ersatz der für dieselbe Änderung nach Errichtung bestehenden Vorschriften geben will.

3. „Wenn die im § 186 vorgesehenen Festsetzungen zu Lasten der Gesellschaft erweitert werden sollen." Das „zu Lasten der Gesellschaft" gehört zu „erweitern", nicht zu „Festsetzungen". Es ist nicht gemeint, daß die Bestimmung sich nur auf diejenigen Aufwendungen beziehen solle, bezüglich deren der § 186 Abs. 3 (in absichtlicher Unterscheidung von § 186 Abs. 1; M. 93, § 186 Anm. I a 3) hervorhebt, daß sie „zu Lasten der Gesellschaft" erfolgen; vielmehr sind alle in § 186 behandelten Festsetzungen gemeint. Das „zu Lasten der Gesellschaft" kann daher hier (abweichend von § 186 Abs. 3) nur so ausgelegt werden, daß es bedeutet „zu Ungunsten der Gesellschaft oder der übrigen Aktionäre". Bei Zugrundlegung der Ansicht, daß § 196 Abs. 5 nur eine hinzutretende Verschärfung der auch ohnedies vorhandenen Vorschriften enthält, ist anzunehmen, daß außer dem in § 196 Abs. 5 genannten Erfordernis der Zustimmung aller erschienenen Grundkapitalanteil-Übernehmer auch die Ankündigung in der Tagesordnung sowie die Beobachtung etwaiger erschwerender Satzungsbestimmungen zu fordern ist. Dagegen kann wohl nicht als notwendige Voraussetzung des Errichtungsbeschlusses eine wiederholte Prüfung und Berichterstattung gemäß §§ 191 ff. angesehen werden, denn die früheren Berichte bieten eine genügende Grundlage auch für die neue Beschlußfassung. — Der § 196 Abs. 5 erwähnt nur den Fall der Erweiterung der Festsetzungen. Dies soll den Gegensatz bilden zur Änderung von Festsetzungen der in § 186 genannten Art im Sinn einer Verengerung der festgesetzten Rechte gegenüber der Gesellschaft oder den übrigen Aktionären. Eine solche Verengerung kann (trotz Nichterwähnung in § 196 Abs. 5) beschlossen werden unter Einhaltung der gewöhnlichen Vorschriften für Satzungsänderungen und (Ring Nr. 9) bei Zustimmung der durch einen solchen Beschluß in ihren Sonderrechten Verletzten. — Nicht erwähnt ist auch der Fall einer Änderung der Satzung dahin, daß Festsetzungen der in § 186 erwähnten Art ganz neu zu Ungunsten der Gesellschaft oder der übrigen Aktionäre aufgenommen werden. Läßt man überhaupt Änderungen auch bezüglich der in § 196 Abs. 5 nicht erwähnten Punkte zu, so muß an sich auch ein solcher Beschluß für zulässig erachtet werden; jedenfalls kann er aber nicht leichteren Bedingungen unterliegen als der in § 196 Abs. 5 erwähnte Erweiterungsbeschluß; im Gegenteil wird wohl in diesem Fall die vorherige Abgabe einer Gründererklärung und die erneute Prüfung des Gründungsherganges sowie Nachbringung der in § 195 Abs. 2 Nr. 2 erwähnten Urkunden zu verlangen sein, da andernfalls alle jene Sicherungsvorschriften auf diesem Weg umgangen werden könnten.

4. Verlängerung der Dauer der Gesellschaft über die in der Satzung bestimmte (§ 182 Anm. VI 3) Zeit hinaus. Eine Verlängerung liegt auch in dem Streichen jeder Bestimmung über Zeitdauer.

5. Beseitigung der in der Satzung für Beschlüsse der Generalversammlung vorgesehenen erschwerenden Erfordernisse (vgl. § 251). Entsprechend bei Milderung jener erschwerenden Erfordernisse.

c. **Vertagung.** Über die Vertagung ist mit einfacher Stimmenmehrheit (oben Anm. II d) zu beschließen (§ 196 Abs. 6). Zu beachten ist die Notwendigkeit der Einhaltung der in die Zeichnungsscheine aufgenommenen Frist (§ 189 Anm. III b 6, d).

§ 197.

Generalversammlungen vor Eintragung.

Soweit nicht in den §§ 190, 196 ein Anderes bestimmt ist, finden auf die Berufung und Beschlußfassung der vor der Eintragung der Gesellschaft stattfindenden Generalversammlungen die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche für die Gesellschaft nach der Eintragung maßgebend sind.

ADH. Art. 210b. **Entw. I** § 183. **Entw. II** § 195.

I. **Vor Eintragung stattfindende Generalversammlungen.** In Betracht kommen namentlich die im Fall der Stufengründung zu berufenden Generalversammlungen für Wahl von Aufsichtsrat und (in der Regel) Vorstand (§ 190 Abs. 2, 3) sowie für Beschlußfassung über Gesellschaftserrichtung und etwaige Satzungsänderung (§ 196) sowie die nach Vertagung zu denselben Zwecken neu berufenen Versammlungen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß auch freiwillig — sei es bei Stufengründung, sei es bei Gleichgründung — eine Generalversammlung vor Eintragung der Gesellschaft berufen wird (§ 200 Anm. IIc). Auch auf die im § 190 erwähnte Versammlung der Gründer ist grundsätzlich § 197 entsprechend anzuwenden (§ 190 Anm. Ia, II); indessen sind die Formvorschriften über Berufung und Tagesordnung gegenstandslos, wenn die Beschlüsse, wie in der Regel, einstimmig gefaßt werden (§ 253 Anm. III), und ferner ist bei der KAG. wohl auch die Vorschrift, daß persönlich haftende Gesellschafter, auch wenn Grundkapitalübernehmer, kein Stimmrecht in der Generalversammlung haben, auf diese Gründerversammlung nicht anwendbar (§ 320 Anm. VIg 13).

II. **Entsprechende Anwendung der für die eingetragene Gesellschaft maßgebenden Vorschriften.** Unter „Vorschriften" sind auch die in der festgestellten (§ 182 Anm. IIIa) Satzung enthaltenen mitbegriffen (KGJ. 4 30; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 4, Ring).

a. **Berufung.** Vgl. §§ 253, 255—257. Auch eine entsprechende Anwendung der §§ 254, 310 Satz 2 erscheint nicht ausgeschlossen. — Auch für die Generalversammlung, in welcher der erste Aufsichtsrat zu wählen, ist die zweiwöchentliche Einberufungsfrist (§ 255) einzuhalten (KG. 5 X 05 EntschFG. 6 181). Der § 255, auf die vor Eintragung der AG. abgehaltenen Versammlungen angewendet, kann aber keine andere Tragweite erlangen als er für spätere Generalversammlungen hat. Nimmt man an, daß bei späteren Generalversammlungen das Recht auf Einhaltung der Einberufungsfrist verzichtbar ist (§ 255 Anm. IId), so kann es daher für jene früheren Versammlungen nicht zwingenden Rechts sein (dagegen KG. 5 X 05 EntschFG. 6 183). Ist es aber nicht zwingenden Rechts, so hat der Registerrichter, wenn binnen der Anfechtungsfrist des § 271 keine Anfechtung erfolgt ist (§ 273 Anm. Vb 3), die Nichteinhaltung nicht zu beachten (dagegen KG. 5 X 05 EntschFG. 6 183).

b. **Beschlußfassung.**

1. Allgemeines. Der Ausdruck „Beschlußfassung" ist ausdehnend auszulegen als überhaupt die äußeren Formen bei Abhaltung der Versammlung und die Vorschriften über das Stimmrecht umfassend. So sind z. B. auch die Vorschriften über Führung eines Protokolls (§ 259) zu beachten. Da keine Aktienurkunden ausgegeben sind, so können etwaige Vorschriften über die Notwendigkeit der Hinterlegung (§ 255 Abs. 2) nicht zur Anwendung kommen.

2. Anfechtung. Auch die Vorschriften über Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (§§ 271—273) sind zur entsprechenden Anwendung zu bringen (ebenso KG. 5 X 05 EntschFG. 6 182, Könige Anm. 67, Goldmann Nr. 4, Staub[8]-Pinner Anm. 6, vgl. RG. 18 71; dagegen Staub[7] Anm. 6, Esser Anm. 2), und zwar auch bei Beschlüssen der Errichtungsversammlung (dagegen Ring, Staub[8]-Pinner Anm. 6), soweit mit der Klage in der Tat nur die Beseitigung eines Beschlusses, nicht die Erklärung der Nichtigkeit der Gesellschaft bezweckt wird. Die gegenteilige Ansicht würde nicht zu der Folgerung führen, daß eine solche Anfechtungsklage nicht angängig, vielmehr umgekehrt zu der Folgerung, daß sie ohne die Beschränkungen des § 271 zulässig sei. Wird die Erklärung der Nichtig-

welche eine hierauf bezügliche Bestimmung in die betreffende Satzung erst neu aufgenommen wird. Der Wortlaut „des (d. h. doch des betreffenden) Gesellschaftsvertrags" spricht für Verneinung. Dennoch wird für Bejahung zu entscheiden sein, da anderenfalls verschiedene Folgen eintreten würden, z. B. je nachdem, ob in der betreffenden Satzung steht, „daß Namenaktien ausgegeben werden sollen", oder ob dies zufällig nicht ausdrücklich in der Satzung vermerkt ist. Die andererseits aus dieser Gleichstellung beider Fälle sich ergebenden Bedenken (z. B. wenn an den Fall der Schaffung einer benachteiligten Aktiengattung gedacht wird) erledigen sich, wenn daran festgehalten wird, daß § 196 Abs. 5 nur eine Verschärfung, nicht einen Ersatz der für dieselbe Änderung nach Errichtung bestehenden Vorschriften geben will.

3. „Wenn die im § 186 vorgesehenen Festsetzungen zu Lasten der Gesellschaft erweitert werden sollen." Das „zu Lasten der Gesellschaft" gehört zu „erweitern", nicht zu „Festsetzungen". Es ist nicht gemeint, daß die Bestimmung sich nur auf diejenigen Aufwendungen beziehen solle, bezüglich deren der § 186 Abs. 3 (in absichtlicher Unterscheidung von § 186 Abs. 1; M. 93, § 186 Anm. I a 3) hervorhebt, daß sie „zu Lasten der Gesellschaft" erfolgen; vielmehr sind alle in § 186 behandelten Festsetzungen gemeint. Das „zu Lasten der Gesellschaft" kann daher hier (abweichend von § 186 Abs. 3) nur so ausgelegt werden, daß es bedeutet „zu Ungunsten der Gesellschaft oder der übrigen Aktionäre". Bei Zugrundlegung der Ansicht, daß § 196 Abs. 5 nur eine hinzutretende Verschärfung der auch ohnedies vorhandenen Vorschriften enthält, ist anzunehmen, daß außer dem in § 196 Abs. 5 genannten Erfordernis der Zustimmung aller erschienenen Grundkapitalanteil-Übernehmer auch die Ankündigung in der Tagesordnung sowie die Beobachtung etwaiger erschwerender Satzungsbestimmungen zu fordern ist. Dagegen kann wohl nicht als notwendige Voraussetzung des Errichtungsbeschlusses eine wiederholte Prüfung und Berichterstattung gemäß §§ 191 ff. angesehen werden, denn die früheren Berichte bieten eine genügende Grundlage auch für die neue Beschlußfassung. — Der § 196 Abs. 5 erwähnt nur den Fall der Erweiterung der Festsetzungen. Dies soll den Gegensatz bilden zur Änderung von Festsetzungen der in § 186 genannten Art im Sinn einer Verengerung der festgesetzten Rechte gegenüber der Gesellschaft oder den übrigen Aktionären. Eine solche Verengerung kann (trotz Nichterwähnung in § 196 Abs. 5) beschlossen werden unter Einhaltung der gewöhnlichen Vorschriften für Satzungsänderungen und (Ring Nr. 9) bei Zustimmung der durch einen solchen Beschluß in ihren Sonderrechten Verletzten. — Nicht erwähnt ist auch der Fall einer Änderung der Satzung dahin, daß Festsetzungen der in § 186 erwähnten Art ganz neu zu Ungunsten der Gesellschaft oder der übrigen Aktionäre aufgenommen werden. Läßt man überhaupt Änderungen auch bezüglich der in § 196 Abs. 5 nicht erwähnten Punkte zu, so muß an sich auch ein solcher Beschluß für zulässig erachtet werden; jedenfalls kann er aber nicht leichteren Bedingungen unterliegen als der in § 196 Abs. 5 erwähnte Erweiterungsbeschluß: im Gegenteil wird wohl in diesem Fall die vorherige Abgabe einer Gründererklärung und die erneute Prüfung des Gründungsherganges sowie Nachbringung der in § 195 Abs. 2 Nr. 2 erwähnten Urkunden zu verlangen sein, da andernfalls alle jene Sicherungsvorschriften auf diesem Weg umgangen werden könnten.

4. Verlängerung der Dauer der Gesellschaft über die in der Satzung bestimmte (§ 182 Anm. VI 3) Zeit hinaus. Eine Verlängerung liegt auch in dem Streichen jeder Bestimmung über Zeitdauer.

5. Beseitigung der in der Satzung für Beschlüsse der Generalversammlung vorgesehenen erschwerenden Erfordernisse (vgl. § 251). Entsprechend bei Milderung jener erschwerenden Erfordernisse.

c. **Vertagung.** Über die Vertagung ist mit einfacher Stimmenmehrheit (oben Anm. II d) zu beschließen (§ 196 Abs. 6). Zu beachten ist die Notwendigkeit der Einhaltung der in die Zeichnungsscheine aufgenommenen Frist (§ 189 Anm. III b 6, d).

§ 197.

Generalversammlungen vor Eintragung.

Soweit nicht in den §§ 190, 196 ein Anderes bestimmt ist, finden auf die Berufung und Beschlußfassung der vor der Eintragung der Gesellschaft stattfindenden Generalversammlungen die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche für die Gesellschaft nach der Eintragung maßgebend sind.

ADH. Art. 210b. **Entw. I** § 183. **Entw. II** § 195.

I. **Vor Eintragung stattfindende Generalversammlungen.** In Betracht kommen namentlich die im Fall der Stufengründung zu berufenden Generalversammlungen für Wahl von Aufsichtsrat und (in der Regel) Vorstand (§ 190 Abs. 2, 3) sowie für Beschlußfassung über Gesellschaftserrichtung und etwaige Satzungsänderung (§ 196) sowie die nach Vertagung zu denselben Zwecken neu berufenen Versammlungen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß auch freiwillig — sei es bei Stufengründung, sei es bei Gleichgründung — eine Generalversammlung vor Eintragung der Gesellschaft berufen wird (§ 200 Anm. II c). Auch auf die im § 190 erwähnte Versammlung der Gründer ist grundsätzlich § 197 entsprechend anzuwenden (§ 190 Anm. I a, II); indessen sind die Formvorschriften über Berufung und Tagesordnung gegenstandslos, wenn die Beschlüsse, wie in der Regel, einstimmig gefaßt werden (§ 253 Anm. III), und ferner ist bei der KAG. wohl auch die Vorschrift, daß persönlich haftende Gesellschafter, auch wenn Grundkapitalübernehmer, kein Stimmrecht in der Generalversammlung haben, auf diese Gründerversammlung nicht anwendbar (§ 320 Anm. VI g 13).

II. **Entsprechende Anwendung der für die eingetragene Gesellschaft maßgebenden Vorschriften.** Unter „Vorschriften" sind auch die in der festgestellten (§ 182 Anm. III a) Satzung enthaltenen mitbegriffen (KGJ. 4 30; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 4, Ring).

a. **Berufung.** Vgl. §§ 253, 255—257. Auch eine entsprechende Anwendung der §§ 254, 310 Satz 2 erscheint nicht ausgeschlossen. — Auch für die Generalversammlung, in welcher der erste Aufsichtsrat zu wählen, ist die zweiwöchentliche Einberufungsfrist (§ 255) einzuhalten (KG. 5 X 05 EntschFG. 6 181). Der § 255, auf die vor Eintragung der AG. abgehaltenen Versammlungen angewendet, kann aber keine andere Tragweite erlangen als er für spätere Generalversammlungen hat. Nimmt man an, daß bei späteren Generalversammlungen das Recht auf Einhaltung der Einberufungsfrist verzichtbar ist (§ 255 Anm. II d), so kann es daher für jene früheren Versammlungen nicht zwingenden Rechts sein (dagegen KG. 5 X 05 EntschFG. 6 183). Ist es aber nicht zwingenden Rechts, so hat der Registerrichter, wenn binnen der Anfechtungsfrist des § 271 keine Anfechtung erfolgt ist (§ 273 Anm. V b 3), die Nichteinhaltung nicht zu beachten (dagegen KG. 5 X 05 EntschFG. 6 183).

b. **Beschlußfassung.**

1. Allgemeines. Der Ausdruck „Beschlußfassung" ist ausdehnend auszulegen als überhaupt die äußeren Formen bei Abhaltung der Versammlung und die Vorschriften über das Stimmrecht umfassend. So sind z. B. auch die Vorschriften über Führung eines Protokolls (§ 259) zu beachten. Da keine Aktienurkunden ausgegeben sind, so können etwaige Vorschriften über die Notwendigkeit der Hinterlegung (§ 255 Abs. 2) nicht zur Anwendung kommen.
2. Anfechtung. Auch die Vorschriften über Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (§§ 271—273) sind zur entsprechenden Anwendung zu bringen (ebenso KG. 5 X 05 EntschFG. 6 182, Könige Anm. 67, Goldmann Nr. 4, Staub[8]-Pinner Anm. 6, vgl. RG. 18 71; dagegen Staub[7] Anm. 6, Esser Anm. 2), und zwar auch bei Beschlüssen der Errichtungsversammlung (dagegen Ring, Staub[8]-Pinner Anm. 6), soweit mit der Klage in der Tat nur die Beseitigung eines Beschlusses, nicht die Erklärung der Nichtigkeit der Gesellschaft bezweckt wird. Die gegenteilige Ansicht würde nicht zu der Folgerung führen, daß eine solche Anfechtungsklage nicht angängig, vielmehr umgekehrt zu der Folgerung, daß sie ohne die Beschränkungen des § 271 zulässig sei. Wird die Erklärung der Nichtig-

keit bezweckt, wie im Fall der Anfechtung des Errichtungsbeschlusses, so kommen die besonderen Vorschriften über die Nichtigkeitsklage zur Anwendung (ebenso Goldmann Nr. 5). Doch ist zu beachten, daß wenn die Nichtigkeitsklage nicht auf einen der in § 309 genannten Gründe gestützt wird (vgl. z. B. § 309 Anm. III b 2), nicht alle Regeln der §§ 309—311 anwendbar sind (§ 309 Anm. III c).

3. Strafvorschriften. Zu den auf die Beschlußfassung bezüglichen Vorschriften gehören auch die Strafandrohungen der §§ 314 Nr. 1, 316—318 gegen unzulässige Einwirkungen auf die Beschlußfassung.

§ 198.

Eintragung.

Bei der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister sind die Firma und der Sitz der Gesellschaft, der Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Grundkapitals, der Tag der Feststellung des Gesellschaftsvertrags und die Mitglieder des Vorstandes anzugeben.

Enthält der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die Zeitdauer der Gesellschaft oder über die Befugniß der Mitglieder des Vorstandes oder der Liquidatoren zur Vertretung der Gesellschaft, so sind auch diese Bestimmungen einzutragen.

ADH. — (vgl. Art. 210 Abs. 1). **Entw. I** § 184. **Entw. II** § 196.

I. **Verhältnis zum bisherigen Recht.** Nach ADH. Art. 210 war „der Gesellschaftsvertrag" anzumelden und einzutragen. Dennoch sahen die Ausführungsverordnungen eine nur auszugsweise Eintragung vor (D. 126). Jetzt ist bestimmt, daß „die Gesellschaft" anzumelden ist (§ 195 Abs. 1), und § 198 schreibt nur die Eintragung gewisser einzelner in der Satzung enthaltener Bestimmungen und zweier nicht aus der Satzung hervorgehender Tatsachen vor. Eine Eintragung der ganzen Satzung ist hiernach nicht mehr vorgeschrieben (D. 127).

II. „**Bei** der Eintragung." Trotz des Wortlauts „bei der Eintragung" (ebenso § 33 Abs. 3, § 323 Abs. 4) ist anzunehmen, daß die Eintragung „der Gesellschaft" in der Eintragung der einzelnen in § 198 hervorgehobenen Tatsachen, insbesondere der Firma und des Sitzes, besteht, nicht etwa noch außerdem vorgenommen werden soll. Das Wort „bei" (§ 39 Anm. II a 1) soll wohl andeuten, daß nicht § 198 die Eintragung erst anordne, sondern daß die Notwendigkeit der Eintragung bereits aus allgemeinen Bestimmungen folge. Derartige allgemeine Bestimmungen sind allerdings ausdrücklich weder im HGB. noch im FGG. enthalten; aus dem Ausdruck „Anmeldungen zur Eintragung" in §§ 12, 29, 31 ist jedoch zu schließen, daß — soweit nicht abweichende Sondervorschriften bestehen — alles nach jenen Bestimmungen Anzumeldende auch einzutragen ist (§ 12 Anm. V a).

III. **Inhalt der Eintragung.** Über die Wirkung einer Fehlerhaftigkeit der Eintragung vgl. § 200 Anm. I b.

a. **Firma.** Vgl. § 182 Anm. IV b 1.

b. **Sitz.** Vgl. § 182 Anm. IV b 2.

c. **Ort der Handelsniederlassung.** Vgl. § 106 Anm. II e. Bei dem Gericht des Sitzes ist der Ort der Handelsniederlassung anzumelden (und einzutragen), wenn Sitz und Handelsniederlassung sich am gleichen Ort befinden (§ 29). Nicht dagegen, wenn weder am Ort noch im Gerichtsbezirk des Sitzes sich eine Handelsniederlassung befindet, denn dann ist das Gericht des Sitzes nicht dasjenige, „in dessen Bezirk sich die Niederlassung befindet" (§ 29). Befindet sich zwar nicht am Ort, aber im Gerichtsbezirk des Sitzes eine Niederlassung, so ist zwar nicht bei der ursprünglichen Anmeldung, aber demnächst die Niederlassung und deren Ort anzumelden (§ 13 Anm. II a 3). Über den Fall einer nicht am Ort des Sitzes befindlichen Hauptniederlassung vgl. § 13 Anm. I c.

d. **Gegenstand des Unternehmens.** Vgl. § 182 Anm. IV b 3. Ist der Gegenstand des Unternehmens zwar unter Benutzung der diesen Gegenstand bezeichnenden Worte der Satzung ein-

getragen, enthält aber die Satzung an anderer Stelle eine hiermit in Widerspruch stehende Bestimmung so kann gemäß FGG. § 142 das Registergericht die unzutreffenden Worte in der eingetragenen Bezeichnung des Gegenstandes des Unternehmens löschen (KG. 18 IV 04 EntschFG. 4 162 KGJ. 27 A 235).

e. **Höhe des Grundkapitals.** Vgl. § 182 Anm. IV b 4.

f. **Tag der Feststellung der Satzung.** Vgl. § 182 Anm. III, § 189 Anm. III b 2. Der Tag der ursprünglichen Feststellung ist einzutragen, auch wenn die Satzung bereits in der Errichtungsversammlung geändert worden ist. — Nicht vorgeschrieben ist (abweichend von § 106 Abs. 2 Nr. 3 bei oHG.) die Eintragung des Tages der Errichtung (§ 188 Anm. II a).

g. **Mitglieder des Vorstands.** Vgl. § 190 Anm. II. Entsprechend dem § 106 Abs. 2 Nr. 1 (vgl. § 33 Abs. 3, § 148 Anm. I a 1, § 199 Abs. 1 Nr. 3, 4) ist anzunehmen, daß Vorname, Familienname, Stand und Wohnort jedes Mitgliedes anzugeben ist.

h. **Etwaige besondere Bestimmungen der Satzung über die Zeitdauer der Gesellschaft** (§ 182 Anm. VI 3).

i. **Etwaige besondere Bestimmungen der Satzung über die Vertretungsmacht** (vgl. § 125 Anm. II a) **der Mitglieder des Vorstands oder der Liquidatoren** (§§ 232, 298 Abs. 3, vgl. § 182 Anm. VI 5). Das „besondere" ist wohl zu verstehen als „von der gesetzlichen Regel abweichende." Nicht einzutragen sind daher etwaige Bestimmungen der Satzung, in denen nichts von der gewöhnlichen gesetzlichen Vertretungsmacht Abweichendes enthalten ist (so wohl vorausgesetzt in D. 127).

k. **Tag der Eintragung.** Daß dies einzutragen, bestimmt FGG. § 130.

§ 199.

Bekanntmachung.

In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, sind außer dem Inhalte der Eintragung aufzunehmen:

1. die sonstigen im § 182 Abs. 2, 3 und in den §§ 183, 185, 186 bezeichneten Festsetzungen;
2. der Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden;
3. der Name, Stand und Wohnort der Gründer und die Angabe, ob sie die sämmtlichen Aktien übernommen haben;
4. der Name, Stand und Wohnort der Mitglieder des ersten Aufsichtsraths.

Zugleich ist bekannt zu machen, daß von den mit der Anmeldung der Gesellschaft eingereichten Schriftstücken, insbesondere von dem Prüfungsberichte des Vorstandes, des Aufsichtsraths und der Revisoren, bei dem Gericht Einsicht genommen werden kann. Im Falle des § 193 Abs. 3 ist ferner bekannt zu machen, daß von dem Prüfungsberichte der Revisoren auch bei dem zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organ Einsicht genommen werden kann.

ADH. Art. 210c. **Entw. I** § 185. **Entw. II** § 197.

I. **Form** der Bekanntmachung. Vgl. § 10.

II. **Inhalt** der Bekanntmachung.

a. **Die Eintragung.** Vgl. § 198. Sie ist „ihrem ganzen Inhalte nach" zu veröffentlichen (§ 10 Anm. II a, § 199: „außer dem Inhalte der Eintragung"). Der Tag der Eintragung (§ 198 Anm. III k) ist, da er einen Teil der Eintragung bildet, mitzuveröffentlichen (Ring, Goldmann Nr. 8; dagegen Staub^s-Pinner Anm. 2; vgl. allerdings bezüglich FGG. § 131: HGB. § 13 Anm. II c 2).

b. **Weitere erhebliche aus der Anmeldung zu entnehmende Tatsachen** (§ 199 Abs. 1 Nr. 1—4).

1. „Die sonstigen im § 182 Abs. 2, 3 und in den §§ 183, 185, 186 bezeichneten Festsetzungen." Unter „Festsetzungen" sind die in die Satzung aufgenommenen

Bestimmungen zu verstehen (vgl. § 186 Anm. VI), nicht etwa auch die den Bestimmungen der Satzung zu grund liegenden (vgl. § 195 Anm. I f 4). „Die" Festsetzungen sind zu veröffentlichen, also die vollständigen Festsetzungen (dagegen Ring, Staub's-Pinner Anm. 2, Goldmann Nr. 3); eine wortgetreue Wiedergabe ist allerdings nicht notwendig (vgl. § 10 Anm. II a; dagegen Pinner Anm. II 1). Demgemäß sind zu veröffentlichen die Bestimmungen der Satzung über den Nennbetrag der einzelnen Grundkapitalanteile (§ 182 Abs. 2 Nr. 3), über die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstands (§ 182 Abs. 2 Nr. 4), über die Form, in der die Berufung der Generalversammlung der Aktionäre geschieht (§ 182 Abs. 2 Nr. 5) und über die Form, in der die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen (§ 182 Abs. 2 Nr. 6); ferner etwaige Bestimmungen der Satzung über die Bezeichnung anderer Blätter außer dem Reichsanzeiger für Bekanntmachungen der Gesellschaft (§ 182 Abs. 3), über Ausstellung von Inhaberaktien (§ 183 Abs. 1; wohl nicht auch eine Festsetzung, daß Namenaktien ausgestellt werden sollen), über die Zulässigkeit der Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien oder umgekehrt auf Verlangen des Aktionärs (§ 183 Abs. 2), über Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung (§ 185), über Sondervorteile von Aktionären (§ 186 Abs. 1), Nichtbareinlagen und Überlassungen von Vermögensgegenständen (§ 186 Abs. 2) sowie Gewährung von Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung (§ 186 Abs. 3).

2. Der Ausgabebetrag (§ 184 Anm. I, § 195 Anm. I e 3); nicht zu verwechseln mit dem Betrag, zu welchem demnächst für Rechnung der ersten Beteiligten die Aktien an der Börse angeboten werden (D. 128).

3. „Name, Stand und Wohnort der Gründer und Angabe, ob sie die sämtlichen Aktien übernommen haben." „Name" = Vor- und Familienname (§ 182 Anm. I). Gründer vgl. § 187. „Ob sie die sämtlichen Aktien übernommen haben" = ob Gleichgründung vorliegt (§ 188 Anm. III a).

4. Name, Stand und Wohnort der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats. Vgl. § 190 Anm. I. Über Bekanntmachung von Änderungen in den Personen der Mitglieder des Aufsichtsrats bestimmt abweichend § 244.

c. **Mitteilung betreffend Einsichtnahme in Schriftstücke** (§ 199 Abs. 2). Über Einsichtnahme in die dem Gericht eingereichten Schriftstücke vgl. § 9 Anm. I.

§ 200.

Rechtsverhältnisse vor Eintragung.

Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht. Wird vorher im Namen der Gesellschaft gehandelt, so haftet der Handelnde persönlich; handeln Mehrere, so haften sie als Gesammtschuldner.

Die Antheilsrechte können vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister mit Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft nicht übertragen, Aktien oder Interimsscheine können vorher nicht ausgegeben werden.

ADH. Art. 211. **Entw. I** § 186. **Entw. II** § 198.

I. **Nichtbestehen der Aktiengesellschaft als solcher vor Eintragung.**

a. **Entstehung als Aktiengesellschaft.** Dies wird im Gesetz unterschieden von der „Feststellung des Gesellschaftsvertrags" (§ 182 Anm. III a) und von der „Errichtung der Gesellschaft" (§ 188 Anm. II). Schon mit der Errichtung, bei der Stufengründung in gewissen Beziehungen bereits mit Erreichung der ersten Errichtungsstufe, ist ein Verein vorhanden (§ 188 Anm. II b); der Verein erlangt jedoch die besondere Rechtsstellung einer Aktien-

gesellschaft, namentlich Rechtsfähigkeit unter Ausschluß persönlicher Haftung aller Mitglieder, erst durch die Eintragung. Es besteht kein staatlicher Zwang zur Anmeldung einer Gesellschaft als Aktiengesellschaft (§ 195 Anm. Ic 1). Eine bereits errichtete Gesellschaft kann daher durch Vereinbarung wieder aufgehoben werden, ohne daß sie überhaupt zur Eintragung gelangt (RG. 21 250). — Der § 200 Abs. 1 Satz 1 sagt nur verneinend, daß vor Eintragung keine AG. besteht. Die Frage ist offen gelassen, ob im Einzelfall die eingetragene Gesellschaft in Wahrheit eine AG. ist. Trotz Eintragung besteht daher keine AG., wenn die eingetragene AG. nichtig (§ 309 Anm. I, III) ist. Über die in letzterem Fall eintretenden Wirkungen der Eintragung bestimmen die §§ 309 ff.

b. **Eintragung.** Die in § 200 Abs. 1 Satz 1 bestimmte Wirkung ist geknüpft an die Eintragung, ohne Rücksicht auf Anmeldung oder Bekanntmachung (§ 15 Anm. IIb, vgl. § 123 Anm. IIb), und nur an die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes (§ 182 Anm. IVb 2) der Gesellschaft. Wie die Nichteintragung in das Register der Zweigniederlassung wirkt, vgl. § 15 Anm. IV. — Unter „Eintragung" (§ 200 Abs. 1) ist die Eintragung der Aktiengesellschaft verstanden (§ 200 Abs. 2). Die AG. ist aber in diesem Sinn eingetragen, sobald nur ihre Firma eingetragen ist (Ring § 198 Nr. 2, Goldmann § 198 Nr. 6, Staub[6]-Pinner § 198 Anm. 4; abw. Staub[7] § 198 Anm. 4, Pinner § 198 Nr. 3). Für die Frage, ob eine „Eintragung der Gesellschaft" vorliegt, ist unerheblich, ob alle in § 198 vorgeschriebenen Eintragungen stattgefunden haben. Die fehlenden in § 198 vorgeschriebenen Eintragungen sind von Amts wegen nachzuholen. Beruht jedoch die Nichteintragung der in § 198 erwähnten Tatsachen auf einem sachlich in dieser Beziehung vorhandenen Mangel, so ist — da die Eintragung der Gesellschaft keine Heilung der Nichtigkeit enthält (oben Anm. Ia) — nach §§ 309 ff. zu entscheiden, ob wegen jenes sachlichen Mangels die AG. nichtig ist.

II. **Folgen eines Handelns namens der Gesellschaft vor deren Eintragung.**

a. **Erwerb namens der Gesellschaft und Verbindlichmachung derselben.** Ob die Gründer Vertreter der AG. sind, vgl. § 187. Anm. II.

1. Erwerb. Die Gesellschaft ist schon vor Eintragung seit der Errichtung (in gewissen Beziehungen seit Erreichung der ersten Errichtungsstufe) ein nichtrechtsfähiger Verein (§ 188 Anm. IIb). In derselben Weise, wie für einen nichtrechtsfähigen Verein Rechte erworben werden können, kann dies mithin schon vor Eintragung auch für die AG. geschehen (RG. 5 20). Die Gründungsvorschriften des Gesetzes führen notwendig zur Annahme eines derartigen Rechtserwerbs bereits vor Eintragung (§ 188 Anm. IIc). So erwirbt die Gesellschaft schon vor Eintragung ein Forderungsrecht aus den Einlagezusagen der Grundkapitalanteil-Übernehmer (§ 182 Anm. IIb 2) und aus Verträgen betreffend Überlassung von Vermögensgegenständen (§ 186 Anm. IIIb), ferner auch ein Sachenrecht durch die Inbesitznahme des eingezahlten Einlagebetrags seitens des Vorstands (§ 195 Anm. IVe, OLG. Colmar 26 II 94 JHR. 47 104).

2. Verbindlichmachung. Aus den Gründungsvorschriften des Gesetzes folgt auch, daß die Gesellschaft schon vor Eintragung verbindlich gemacht werden kann. So z. B. aus Verträgen betreffend Gewährung von Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung (§ 186 Anm. V); ebenso wohl auch aus den Verträgen betreffend Anstellung der Mitglieder des ersten Vorstands und Aufsichtsrats (§ 190; vgl. § 245 Abs. 3). In RG. 32 98 wird die Möglichkeit eines Verpflichtens der Gesellschaft vor Eintragung nur insoweit ausnahmsweise anerkannt, „als dies durch den vom Gesetz geordneten Entstehungshergang . . . bedingt wird". Eine solche Einschränkung wird indessen nicht zuzugestehen sein, da sie im Gesetz nicht bestimmt ist; sie liegt nicht etwa in § 200 Abs. 1 Satz 2, denn neben diesem Satz kommt auch BGB. § 54 Satz 1 zur Anwendung (unten Anm. IIb 1), und mithin die Möglichkeit einer Verbindlichmachung der Gesellschaft und des Gesellschaftsvermögens nach den für die Gesellschaft des BGB. geltenden Regeln. Auch würde mit jener Ansicht des Reichsgerichts kaum vereinbar sein die anerkannte Zulässigkeit der alsbaldigen Anlegung des eingezahlten Geldes für die Gesellschaft (§ 195 Anm. IVe 1, 4), denn durch das Anlegungsgeschäft werden namens der Gesellschaft Verbindlichkeiten — wenn auch in der Regel nur für kurze Zeit — übernommen. Schutz gegen Miß-

brauch geben dieselben Bestimmungen, welche auch Schutz gegen entsprechende mißbräuchliche Handlungen nach Eintragung gewähren, und außerdem § 186. Das RG. 8 VII 03 JW. 343[4] erkennt die Möglichkeit einer Berechtigung und Verbindlichmachung der nicht eingetragenen AG. durch die Gründer nicht nur innerhalb des „vom Gesetz geordneten" Entstehungshergangs, sondern schlechthin innerhalb des zum Entstehungshergang gehörigen Geschäftskreises der Gründer an, und rechnet hierzu auch den Abschluß von Nebenverträgen über Rübenlieferung. Wirksam ist auch eine Auflassung an die errichtete aber noch nicht eingetragene künftige Aktiengesellschaft (OLG. Colmar 25 V 03 OLGRspr. 6 487). — Alles Vorstehende gilt nur bei einem Handeln für die Gesellschaft nach demjenigen Zeitpunkt, in welchem sie zu einem (nichtrechtsfähigen) Verein wird. Soweit vorher gehandelt ist, kann BGB. § 54 Satz 1 nicht zur Anwendung kommen; für jene Zeit ist daher HGB. § 200 Abs. 1 Satz 2 allein anwendbar.

b. **Haftung der namens der Gesellschaft vor Eintragung Handelnden.**

1. Verhältnis zu BGB. § 54.

Die Bestimmung des früheren Art. 211 Abs. 2 ADH. ist durch BGB. § 54 Satz 2 in etwas geänderter Fassung auf alle nichtrechtsfähigen Vereine ausgedehnt. Der § 54 BGB. lautet:

„Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäfte, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner."

In HGB. § 200 Abs. 1 Satz 2 ist BGB. § 54 Satz 1 nicht wiederholt; der Satz 2 ist dahin geändert, daß die Beschränkung auf Rechtsgeschäfte und die Beschränkung auf ein Handeln gegenüber Dritten fortgelassen, mithin die Vorschrift verallgemeinert ist.

Die Nichtwiederholung von BGB. § 54 Satz 1 erscheint bedeutungslos. Da die Anwendung dieser für alle nichtrechtsfähigen Vereine gegebenen Bestimmung auf den nicht rechtsfähig gewordenen Aktienverein (§ 188 Anm. IIb, streitig) nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, so ist sie auch für letzteren maßgebend; der § 200 Abs. 1 Satz 2 HGB. schließt den § 54 Satz 1 BGB. nicht aus, sondern gilt neben ihm. Gegenüber BGB. § 54 Satz 2 begründet die Fortlassung der Beschränkung auf „Rechtsgeschäfte" in § 200 wohl gleichfalls keine sachliche Verschiedenheit, da in Fällen nicht rechtsgeschäftlichen Handelns auch allgemein für nichtrechtsfähige Vereine das Eintreten einer persönlichen Haftung des Handelnden anzunehmen sein wird. Ebenso nicht die Fortlassung der Beschränkung auf Vornahme „gegenüber einem Dritten", denn auch die allgemein gefaßte Bestimmung des HGB. ist auf ein Handeln nach außen zu beschränken, so daß z. B. eine Anweisung der Generalversammlung an den Vorstand nicht hierunter fällt (RG. 5 III 01 JW. 253[12]).

2. „Handelnde" können nicht nur die Mitglieder des Vorstands sein (M. 92, P. 1039, 1450). Vielmehr haften auch diejenigen an dem nichteingetragenen Aktienverein beteiligten Personen, mit deren Zustimmung gehandelt wurde (RG. 55 303, OLG. Stuttgart 14 XI 02 OLGRspr. 6 28, OLG. Frankfurt 28 IV 04 OLGRspr. 10 58; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 11). Eine Zustimmung ist als vorhanden anzunehmen, wenn das betreffende Vereinsmitglied einverstanden damit ist, daß der Handelnde für Rechnung des Vereins die Geschäfte führt, und wenn das einzelne Geschäft zu denen gehört, die der gewöhnliche Betrieb mit sich bringt (vgl. RG. 55 303). Dagegen ist sie nicht erteilt, daher der Zustimmende nicht haftbar, wenn das betreffende Geschäft ein außergewöhnliches, von dem Zustimmenden nicht vorhersehbares war, oder wenn der Handelnde aufgefordert war, nach Eintragung in bestimmter Weise zu handeln, aber die so aufgetragene Handlung vor Eintragung vornimmt (vgl. RG. 5 III 01 JW. 253[12], RG. 55 305).

3. Gegenteilige Vertragsabrede. Wie BGB. § 54 Satz 2 (Planck[3] § 54 Anm. 3b), ist auch HGB. § 200 Abs. 1 Satz 2 nicht zwingend; vielmehr kann durch Vereinbarung bei Vornahme der Handlung die Haftung beschränkt werden (RG. 47 3, CosackHR. § 115 VII 1 b), z. B. durch ausdrücklichen Vorbehalt demnächstiger Genehmigung der Handlung durch die eingetragene AG. (RG. 32 99). Eine solche Vereinbarung braucht keine ausdrückliche zu sein. Sie liegt indessen nicht schon darin, daß dem Vertragsgegner die Nicht-

eintragung der AG. bekannt war (RG. 47 3, 55 305; dagegen RG. 39 31), so daß es also, auch wenn dem Vertragsgegner die Nichteintragung bekannt war, bei der Regel des § 200 Abs. 1 Satz 2 bleibt (ebenso CosackHR. § 115 VII 1 b, Staub[8]-Pinner Anm. 10; dagegen Staub[7] Anm. 4).

4. Inhalt der Haftung. Bezüglich des Anspruchs des Vertragsgegners gegenüber dem Handelnden wird BGB. § 179 Abs. 1 entsprechend anzuwenden sein (ebenso Ring Nr. 9; ähnlich Planck[3] § 54 Anm. 5, Staub[8]-Pinner Anm. 12; dagegen Goldmann Nr. 9).

c. **Beschlußfassungen und Erzwingung der Mitgliedschaftspflichten.** Außerhalb der Fälle der §§ 190, 196 kann grundsätzlich schon vor Eintragung der Gesellschaft eine Beschlußfassung mindestens dann erfolgen, wenn alle Mitglieder einstimmig sind (RG. 58 56). Und zwar mit dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalt, daß die hieraus sich ergebenden Rechte und Pflichten ohne weiteres für die AG. nach deren Eintragung wirksam werden sollen (RG. 58 56). So kann z. B. eine weitere Einzahlung auf den Grundkapitalanteil beschlossen, und es kann schon vor Eintragung zur Einzahlung aufgefordert werden, während dann allerdings das Verlustigerklärungsverfahren der §§ 219 ff. die erfolgte Eintragung voraussetzt (RG. 58 56). Indessen bedürfen die vorstehenden Regeln einer Einschränkung insoweit, als in solchen Beschlüssen eine Umgehung von Gründungsvorschriften liegen würde, durch welche die Rechtsnachfolger der ursprünglichen Übernehmer von Grundkapitalanteilen gesichert werden sollen; so sind z. B. derartige Beschlüsse des in § 186 Abs. 1—3 bestimmten Inhalts unwirksam nach § 186 Abs. 4, wenn nicht in die Satzung aufgenommen. — Über die Art der Berufung und Beschlußfassung der vor Eintragung stattfindenden Generalversammlungen vgl. § 197.

III. **Übertragung von Anteilrechten vor Eintragung.**

a. **Übertragung.** Nur von einer „Übertragung" der Anteilrechte handelt § 200 Abs. 2, d. h. von einer Übereignung durch Vertrag (BGB. §§ 398, 413; wohl einschließlich der Übereignung seitens des Erben gemäß Vermächtnis BGB. § 2174), kraft Gesetzes (BGB. § 412; z. B. durch Verwandlung in Gesamtgut, BGB. § 1438) oder durch richterliche Anordnung (insbesondere Überweisung gemäß Pfändung, CPO. §§ 835, 857). Der § 200 Abs. 2 berührt daher nicht den Übergang des Anteilrechts durch Erbanfall (vgl. § 196 Anm. II d). Für wirksam wird ferner zu erachten sein ein (gemäß § 186 in die Satzung aufzunehmender) Vertrag des A mit der Gesellschaft, wonach gegen Überlassung von Vermögensgegenständen seitens des A an die AG. eine dem Wert der Überlassung entsprechende Zahl von Anteilrechten unmittelbar zu gunsten des B entstehen soll (Anwendungsfall in § 305 Anm. I f 2). Eine Übertragung liegt nicht bereits in einem Vorvertrag über demnächstige Übertragung (RG. 10 72).

b. **Anteilrecht** (§ 179 Anm. II a) ist die Gesamtheit aller Rechte und Pflichten eines Gesellschafters (vgl. § 105 Anm. I f 3). Der Ausdruck ist daher nicht gleichbedeutend mit „Anteil am Gesellschaftsvermögen" (vgl. § 105 Anm. I g 2).

c. **Wirkung der Übertragung.** Nur eine Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft ist ausgeschlossen. Auch durch Vereinbarung mit der Gesellschaft kann eine solche Wirksamkeit nicht herbeigeführt werden; eine dahingehende Vereinbarung wäre vielmehr nichtig („kann nicht"). Im Verhältnis des Übertragers zum Übertragungsempfänger wirkt eine erfolgte Übertragung (zust. Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 13; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 15 und anscheinend D. 128), soweit eine solche Wirkung ohne Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft möglich ist (vgl. § 105 Anm. I f 2). Um so weniger berührt § 200 Abs. 2 die Gültigkeit eines Vertrags, durch welchen der eine Teil lediglich die Verpflichtung übernimmt, die von ihm erworbenen Anteilrechte dem anderen zu übertragen (D. 128).

IV. **Verbot der Ausgabe von Aktien oder Interimsscheinen vor Eintragung.** Handlungen, durch welche dies Verbot übertreten wird, sind nichtig („können nicht"). Ebenso die in Übertretung des Verbots ausgegebenen Urkunden (§ 209 Abs. 2). Das wissentliche Übertreten des Verbots ist mit Strafe bedroht (§ 314 Nr. 3); die Ausgeber haften für den durch die Ausgabe verursachten Schaden (§ 209). Die Aktiengesellschaft besteht schon vor Ausgabe von Mitgliedscheinen (§ 179 Anm. II b, RG. 52 423).

§ 201.

Zweigniederlassung: Anmeldung, Bekanntmachung, Eintragung.

Die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister eines Gerichts, in dessen Bezirke sie eine Zweigniederlassung besitzt, ist durch sämmtliche Mitglieder des Vorstandes zu bewirken.

Der Anmeldung ist der Gesellschaftsvertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen; die Vorschriften des § 195 Abs. 2, 3 finden keine Anwendung.

Die Eintragung hat die im § 198 bezeichneten Angaben zu enthalten.

In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, sind außer dem Inhalte der Eintragung auch die sonstigen im § 182 Abs. 2, 3 und in den §§ 183, 185 bezeichneten Festsetzungen aufzunehmen. Erfolgt die Eintragung innerhalb der ersten zwei Jahre, nachdem die Gesellschaft in das Handelsregister ihres Sitzes eingetragen worden ist, so sind alle im § 199 bezeichneten Angaben zu veröffentlichen; in diesem Falle ist der Anmeldung ein Exemplar der für den Sitz der Gesellschaft ergangenen gerichtlichen Bekanntmachung beizufügen.

Befindet sich der Sitz der Gesellschaft im Auslande, so ist das Bestehen der Aktiengesellschaft als solcher und, sofern der Gegenstand des Unternehmens oder die Zulassung zum Gewerbebetrieb im Inlande der staatlichen Genehmigung bedarf, auch diese mit der Anmeldung nachzuweisen. Die Angaben, deren öffentliche Bekanntmachung nach Abs. 4 zu erfolgen hat, sind in die Anmeldung aufzunehmen.

ADH. Art. 212. **Entw. I** § 187. **Entw. II** § 199.

I. **Verhältnis zu den allgemeinen Vorschriften des Buch I.** Der § 201 enthält besondere Bestimmungen über die erstmalige Anmeldung und Eintragung der Zweigniederlassung einer AG. und die hierauf bezügliche Veröffentlichung. Er enthält auch insoweit nur Ergänzungen zu den allgemeinen Bestimmungen (D. 128), insbesondere auch für den in § 13 Abs. 3 behandelten Fall der ausländischen Hauptniederlassung (KG. 16 III 03 EntschFG. 3 238 KGJ. 26 A 66). Ebenso ist nicht entsprechend § 201, sondern sind die allgemeinen Bestimmungen (mit den in §§ 207 Abs. 4, 265 Abs. 2, 286 enthaltenen Maßgaben) anwendbar bei späteren Anmeldungen, Eintragungen, Bekanntmachungen bei dem Register der Zweigniederlassung. Für den Fall der Umwandlung einer KAG. in eine AG. trifft § 333 besondere Bestimmungen.

II. **Zweigniederlassung.** Vgl. § 13 Anm. I. Als „Zweigniederlassung" ist bei Anwendung der §§ 201, 13 und der übrigen Registervorschriften auch die nicht am Ort des Sitzes der AG. befindliche Hauptniederlassung anzusehen (§ 13 Anm. I c). Da Sitz und Hauptniederlassung voneinander unabhängig sind (§ 182 Anm. IV b 2), steht nichts dem im Weg, daß die AG. unter Beibehaltung ihres Sitzes eine Zweigniederlassung zur Hauptniederlassung umwandelt (Goldmann Nr. 2; dagegen Ring Nr. 6). Auch einer Veräußerung der Zweigniederlassung mit der Firma steht nichts im Weg (§ 22 Anm. IV c 3, b 3; dagegen Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 2). — Zur Gründung einer Zweigniederlassung bedarf es keiner Satzungsänderung, falls nicht die Satzung ausdrückliche gegenteilige Bestimmungen enthält (ROH. 22 283). Anders, wenn mit der Gründung der Zweigniederlassung die Erwerbung einer zweiten Firma verbunden ist (§ 17 Anm. III c). Über die Firma der Zweigniederlassung vgl. § 13 Anm. III.

III. **Anmeldung.** Vgl. § 13 Anm. II.

a. **Anmeldungspflichtige** sind sämtliche Mitglieder des Vorstands, selbst wenn durch die Satzung die Vertretungsbefugnis abweichend geordnet ist. Und nur die Mitglieder des Vorstands (abweichend vom Fall des § 195 Abs. 1). Die Anmeldung ist erzwingbar (§ 13 Anm. II b 3), jedoch erst nach Eintragung der AG. bei dem Gericht des Sitzes (§ 195 Anm. I c 1).

b. **Inhalt.** Gemäß der Regel des § 13 (oben Anm. I) ist die Anmeldung, Zeichnung und

Einreichung in gleicher Weise wie bei dem Gericht der Hauptniederlassung (§ 195) zu bewirken, soweit § 201 nichts Abweichendes vorschreibt. Abweichend bestimmt ist nun in § 201 Abs. 2, daß es nicht der Erklärungen über Barzahlung und Ausgabebetrag (§ 195 Abs. 3) und nicht der Einreichungen (§ 195 Abs. 2), insbesondere also auch nicht einer Angabe über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats (KG. 9 VII 04 EntschFG. 4 219 KGJ. 28 A 49; anders bei späteren Änderungen: § 244), bedarf; einzureichen ist vielmehr **nur** die Satzung. Ist die ursprüngliche Satzung später ganz oder teilweise durch eine neue ersetzt worden, so genügt die Einreichung des zur Zeit der Anmeldung in Kraft stehenden Wortlauts (KG. 9 XI 03 EntschFG. 4 95 KGJ. 26 A 226 OLGRspr. 8 384). Indessen genügt nicht eine nicht ausdrücklich von der Generalversammlung beschlossene Zusammenziehung der ursprünglichen Fassung und der Änderungen in eine Urkunde, sondern die mehreren Urkunden, aus denen die jetzige Fassung abzuleiten ist, sind einzureichen (KG. 9 XI 03 EntschFG. 4 96 KGJ. 26 A 227). Erfolgt die Anmeldung innerhalb 2 Jahren nach Eintragung im Handelsregister des Sitzes, so ist ein Abdruck der Bekanntmachung der für den Sitz der Gesellschaft ergangenen gerichtlichen Bekanntmachung beizufügen (§ 201 Abs. 4). Weitergehende Bestimmungen für den Fall, daß der Sitz im Ausland, enthält § 201 Abs. 5. — Einzutragen ist unter anderem auch der Ort der Zweigniederlassung (§ 29 Anm. IV b 1, § 13 Anm. II b 2, § 201 Anm. I, § 198 Anm. III c; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 17, Ring Nr. 4; dagegen Goldmann Nr. 20).

IV. **Eintragung.** Die Eintragung bei dem Gericht der Zweigniederlassung findet nicht statt, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung bei dem Gericht des Sitzes (oben Anm. II) geschehen ist (§ 13 Anm. II c 1). Das Gericht ist, wenn anderwärts die Eintragung einer Niederlassung als Hauptniederlassung erfolgt ist, nicht berechtigt, die Eintragung einer neu angemeldeten Niederlassung als Zweigniederlassung abzulehnen, weil dies die eigentliche Hauptniederlassung und die angebliche Hauptniederlassung in Wahrheit Zweigniederlassung sei (KGJ. 13 42, § 13 Anm. II c 4). Die erfolgte Eintragung (und ebenso die Löschung) der Zweigniederlassung ist von Amts wegen dem Registergericht der Hauptniederlassung mitzuteilen und in dessen Register zu vermerken (§ 13 Anm. II c 2). Die Eintragung hat die in § 198 bezeichneten Angaben (§ 201 Abs. 3) zu enthalten; außerdem den Ort der Zweigniederlassung (§ 29, § 198 Anm. III c). Für das Bestehen der Zweigniederlassung (im Unterschied von dem Fall des § 200 Abs. 1 Satz 1) ist die Eintragung nur von *erklärender* Wirkung (§ 15 Anm. II a, IV).

V. **Bekanntmachung.** Erfolgt die Eintragung der Zweigniederlassung *innerhalb* der ersten 2 Jahre nach Eintragung der AG. im Register ihres Sitzes, so muß die Bekanntmachung dieselben Angaben enthalten, welche für die Bekanntmachung bei Eintragung der AG. im Register des Sitzes vorgeschrieben sind (§ 201 Anm. IV, § 199 Anm. II b, c; vgl. für das frühere Recht KGJ. 15 16), mithin auch die Namen der Mitglieder des ursprünglichen Aufsichtsrats, selbst wenn inzwischen diese Mitglieder bereits ausgeschieden oder andere Mitglieder hinzugetreten sind. Erfolgt die Eintragung der Zweigniederlassung erst *nach Ablauf* jener 2 Jahre, so sind *nicht* in die Bekanntmachung aufzunehmen die (nach D. 128) ausschließlich für die Beurteilung der Gründung bestimmten Umstände, sondern nach § 201 Abs. 4 Satz 1 nur der Inhalt der Eintragung (§ 201 Anm. IV) und die in § 199 Abs. 1 Nr. 1 bezeichneten Festsetzungen der Satzung (§ 199 Anm. II b 1), mit Ausschluß der auf die Bestimmungen in § 186 bezüglichen.

VI. **Ausländischer Sitz der Aktiengesellschaft.** Vgl. § 13 Anm. II d.

a. **Sitz.** Unter Sitz ist auch in § 201 Abs. 5 in erster Reihe der in der Satzung willkürlich als solcher gewählte Ort (§ 182 Anm. IV b 2; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 19; dagegen Goldmann Nr. 26) und nur in dessen Ermangelung der Ort der Hauptverwaltung zu verstehen.

b. **Abweichungen, die notwendig sind infolge Widerstreits des ausländischen Rechts.** Nach der Regel des § 13 Abs. 3 (oben Anm. I) findet § 201 Abs. 1—4 auch auf die Eintragung der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen AG. Anwendung, soweit nicht das ausländische Recht eine Abweichung *erforderlich* macht (D. 128).

1. *Firma.* Der inländische Registerrichter darf nicht fordern, daß die Firma der ausländischen AG. den inländischen Firmenvorschriften entspreche (Ring Nr. 10, Goldmann Nr. 35; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 22); da jedoch die AG. nicht *notwendig* für die Zweig-

niederlassung die gleiche Firma führen muß wie für die Hauptniederlassung (§ 17 Anm. IIIc 2), so ist zu fordern, daß für die inländische Zweigniederlassung eine nach inländischem Recht zulässige Firma gewählt wird.

2. Satzung. Daß die Satzung der ausländischen AG. den Anforderungen des deutschen Rechts entspreche, kann nicht verlangt werden (OLG. Dresden 6 IX 88 ZHR. 37 549), außer soweit zwingende Vorschriften des deutschen Rechts in Betracht kommen, die nach dem ausländischen Recht befolgt werden können. Die letztere Beschränkung ergibt sich daraus, daß die ausländischen Gesellschaften nicht verlangen können, vor den inländischen bevorzugt zu werden. So muß z. B. die Satzung der ausländischen AG. eine Bestimmung über die Form enthalten, in der die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen (§ 182 Abs. 2 Nr. 6), außer wenn ein Satzungszusatz dieses Inhalts nach dem betreffenden ausländischen Recht nicht erzielbar ist (KG. 16 III 03 EntschFG. 3 240 KGJ. 26 A 66).

3. Prüfungsbericht, Gründungsrevisoren. Eine Abweichung ist erforderlich bei Anmeldung innerhalb der ersten 2 Jahre, wenn nach dem fremden Recht keine Prüfungsberichte zu erstatten und Gründungsrevisoren nicht zu ernennen waren (KGJ. 13 46).

4. Bekanntmachung der ersten Aufsichtsratsmitglieder kann nicht verlangt werden, wenn nach dem maßgebenden fremden Recht die AG. keinen Aufsichtsrat haben kann (Düringer-Hachenburg § 13 Anm. IV), nicht schon, wenn sie nach ausländischem Recht keinen Aufsichtsrat zu haben braucht (so D. 128, Ring Nr. 10) und ihn im Einzelfall nicht hat.

5. Eintragung im Handelsregister des Sitzes braucht nicht nachgewiesen zu werden, wenn am ausländischen Sitz kein Handelsregister besteht (§ 13 Anm. IId). Besteht dort ein Handelsregister, so kann der Nachweis der dort erfolgten Eintragung auch in anderer Weise als durch ein Zeugnis der Registerbehörde erbracht werden (KG. 9 XI 05 EntschFG. 6 275).

c. **Zusätzliche Nachweise.**

1. Bestehen der Aktiengesellschaft als solcher. Vgl. § 6 Anm. Ib 1. Zweifelhaft kann sein, was mit den Worten „als solcher" gemeint ist. Staub[8]-Pinner Anm. 32 nimmt an, daß hiermit nur auf die Merkmale der deutschen AG. (§ 178 Anm. Ia) verwiesen ist. Zutreffender erscheint die Annahme, daß nachgewiesen werden muß, im Ausland sei die Gesellschaft als unter diejenige ausländische Rechtsform fallend anerkannt, welche der deutschen AG. entspricht (ähnlich OLG. Dresden 6 IX 88 ZHR. 37 549). Das von Staub hervorgehobene Merkmal muß ohnedies außerdem vorhanden sein, denn sonst könnte gar nicht die Anwendung des nur auf Gesellschaften mit den Merkmalen einer deutschen AG. bezüglichen § 201 in Betracht kommen.

2. Etwa erforderliche staatliche Genehmigung. Über den Nachweis der Genehmigung des Gegenstands des Unternehmens vgl. § 195 Anm. If 12. Über den Nachweis der Zulassung zum Gewerbebetrieb im Inland vgl. § 6 Anm. Ib.

§ 202.

Haftung der Gründer und Mitwirkender.

Der Gesellschaft sind die Gründer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, welche sie in Ansehung der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals sowie in Ansehung der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister machen, als Gesammtschuldner verhaftet; sie haben, unbeschadet der Verpflichtung zum Ersatze des sonst etwa entstehenden Schadens, insbesondere einen an der Zeichnung des Grundkapitals fehlenden Betrag zu übernehmen, fehlende Einzahlungen zu leisten und eine Vergütung, die nicht unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand aufgenommen ist, zu ersetzen. Wird die Gesellschaft von Gründern durch Einlagen oder Ueber-

nahmen der im § 186 bezeichneten Art böslicherweise geschädigt, so sind ihr alle Gründer für den Ersatz des entstehenden Schadens als Gesammtschuldner verpflichtet.

Von dieser Verbindlichkeit ist ein Gründer befreit, wenn er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angabe oder die bösliche Schädigung weder kannte noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns kennen mußte.

Entsteht durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs der Gesellschaft ein Ausfall, so sind ihr die Gründer, welche die Betheiligung des Aktionärs in Kenntniß seiner Zahlungsunfähigkeit angenommen haben, als Gesammtschuldner zum Ersatze verpflichtet.

Mit den Gründern sind der Gesellschaft zum Schadensersatz als Gesammtschuldner verpflichtet:

1. wenn eine Vergütung nicht unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand aufgenommen ist, der Empfänger, welcher zur Zeit des Empfanges wußte oder nach den Umständen annehmen mußte, daß die Verheimlichung beabsichtigt oder erfolgt war, und jeder Dritte, welcher zur Verheimlichung wissentlich mitgewirkt hat;
2. im Falle einer böslichen Schädigung durch Einlagen oder Uebernahmen jeder Dritte, welcher zu dieser Schädigung wissentlich mitgewirkt hat.

ADH. Art. 213a. **Entw. I** § 188. **Entw. II** § 200.

I. Abgrenzung der §§ 202—204 von sonstigen Schadensersatzpflichten.
II. Haftung der Gründer.
III. Haftung Mitwirkender.

I. Verhältnis der §§ 202—204 zu anderen eine Schadensersatzpflicht begründenden Vorschriften.

a. **Haftung auf Grund der §§ 202—204.** Die §§ 202—204 behandeln nur die Haftung gegenüber der Gesellschaft. Beabsichtigt war, hierdurch zugleich zu bestimmen, daß insoweit eine Haftung gegenüber der Gesellschaft auf Grund der §§ 202—204 eintrete, nicht auch außerdem eine Haftung gegenüber dem einzelnen Aktionär oder Gesellschaftsgläubiger in Frage kommen könne (M. 120). Diese Beschränkung hat allerdings keinen klaren Ausdruck in der Fassung des Gesetzes gefunden, denn wenn eine Haftung gegenüber „der Gesellschaft" näher geregelt wird, so folgt daraus an sich nicht, daß eine Haftung nur gegenüber der Gesellschaft besteht. Da aber immerhin mit der gewählten Fassung der beabsichtigte Sinn verbunden werden kann (vgl. auch Minderheitsrecht in § 268), so wird (mit der herrschenden Meinung; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 2) dieser Sinn zu grund zu legen sein (vgl. RG. 39 247 ff.). Auch die fernere Beschränkung wird man im § 202 (und entsprechend im § 203) zu suchen haben, daß gegenüber der Gesellschaft das Maß der Haftung mit der Vorschrift des § 202 erschöpft sei (Staub[8]-Pinner Anm. 4, Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 3; unterstützend, daß trotz Zusatzes „aus der Gründung" in § 205 die betreffende Redewendung keinen anderen Sinn haben soll, als in §§ 204 und 206, wo jener Zusatz fehlt; vgl. § 205 Anm. II).

b. **Haftung auf Grund anderer Vorschriften.** Beide vorstehend zu a erwähnten Beschränkungen bedürfen jedoch der Begrenzung, daß durch sie eine Haftung aus besonderem Rechtsgrund nicht ausgeschlossen werden soll.

1. Gegenüber der Gesellschaft kann außer der Haftung aus §§ 202—204 und auch neben ihr noch eine Haftung aus besonderem Rechtsgrund bestehen; z. B. die Haftung des Gründers, welcher Überlasser oder Nichtbareinleger ist, aus dem Überlassungsvertrag oder aus der Nichtbareinlage-Zusage, oder die Haftung des Gründers, welcher zugleich Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats ist, aus unzulässiger Rückzahlung eingezahlter Einlagen vor Gesellschaftsanmeldung oder fahrlässiger Berichterstattung in der Errichtungs-

versammlung, oder die Haftung des Gründers aus einer von ihm gegenüber der Gesellschaft übernommenen Gewinn-Gewährleistung. Die Gründer und Ankündiger haften gegenüber der Gesellschaft nach Maßgabe der §§ 202, 203, soweit kein auf freiwilliger Bindung beruhendes Schuldverhältnis vorliegt; dagegen haften sie nicht gemäß §§ 202, 203, sondern gemäß den allgemeinen Vorschriften des BGB., soweit eine freiwillige Bindung vorliegt. Die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder haften der Gesellschaft gemäß § 204, soweit sie bei der ihnen nach §§ 192, 193 obliegenden Prüfung die Sorgfaltspflicht verletzen; sie haften nicht nach § 204, sondern nach §§ 241, 249, wegen sonstiger Sorgfaltsverletzungen bei ihrer Geschäftsführung.

2. Gegenüber einzelnen Aktionären oder Gesellschaftsgläubigern kann trotz gleichzeitigem Vorhandensein eines Gesellschaftsanspruchs dennoch eine Haftung der Gründer aus besonderem Rechtsgrund bestehen (vgl. RG. 18 64 für den Rechtszustand vor 1884). Ein derartiger Anspruch kann dem Aktionär oder Gesellschaftsgläubiger zustehen z. B. aus besonders erteilten Zusicherungen oder aus erfolgter Weiterveräußerung des Anteilrechts, wie z. B. ein Wandlungsanspruch (M. 120), oder auch aus dem etwaigen Vertrag (§ 182 Anm. II b 1) betreffs Übernahme eines Grundkapitalanteils, oder (RG. 39 247) aus einer gegen § 313 Nr. 1 verstoßenden strafbaren Handlung. Auch soweit kein Anspruch der Gesellschaft aus §§ 202—204, sondern nur ein Anspruch der Gesellschaft aus anderen Gründen besteht (oben zu 1), greift nicht die Beschränkung Platz, daß in der Regel nur die Gesellschaft Ansprüche geltend machen kann; vielmehr können in diesem Fall sowohl die Gesellschaft wie einzelne, unabhängig voneinander und auch gleichzeitig, ihre nach allgemeinen Grundsätzen etwa begründeten Forderungen geltend machen. Eine falsche oder unvollständige Angabe der Gründer darüber, daß der Betrieb eines besonderen Geschäftszweigs oder der Bau einer bestimmten Eisenbahnlinie staatlich genehmigt oder sonst gesichert sei, würde, falls nicht im Gründerbericht oder sonst gegenüber der Gesellschaft abgegeben (unten Anm. II a 1), nicht unter § 202 fallen (M. 120) und daher seitens der Gesellschaft überhaupt nicht, dagegen seitens der einzelnen Geschädigten nach allgemeinen Grundsätzen als anspruchbegründend geltend gemacht werden können.

II. **Haftung der Gründer** (§ 187) **gemäß § 202.** Eine entsprechende Strafvorschrift in § 313 Nr. 1.

a. **Wegen Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit von Angaben.**

1. Zweck und Gegenstand der Angaben.

Der Zweck der Angabe muß gerichtet sein auf Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.

Als Gegenstand der Angabe kommt nur in Betracht 1. die Zeichnung des Grundkapitals (§ 313 Anm. I d 1), 2. die Einzahlung des Grundvermögens (§ 313 Anm. I d 2), 3. die im § 186 vorgesehenen Festsetzungen über Sondervorteile von Aktionären, Nichtbareinlagen, Überlassung von Vermögensgegenständen, Gründungsaufwand (§ 313 Anm. I d 4). — Dergleichen Angaben sind insbesondere die in § 195 Anm. I e 2, f 2—7 Genannten. Aber auch die Gründererklärung des § 191 (RGSt. 18 111, RG. 26 41, D. 123). Nicht bloß die Angaben, die in Ansehung der obigen Gegenstände die Gründer zu machen verpflichtet sind, sondern alle Angaben, die sie (auch ohne Verpflichtung) „machen" (Staub[7] Anm. 6, Goldmann Nr. 6; dagegen Behrend § 110 Anm. 8, Staub[8]-Pinner Anm. 6).

„Angabe in Ansehung der Einzahlung" ist in den §§ 202, 203 nur eine abgekürzte Fassung für „Angabe über Einzahlung und Besitz des Vorstands". Auch eine in letzterer Beziehung falsche oder unvollständige Angabe fällt unter §§ 202, 203 (so mit nicht zu billigender Begründung RGSt. 24 291; dagegen Staub[8]-Pinner § 313 Anm. 1).

„Angabe in Ansehung der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen" ist zunächst nur eine Angabe in Ansehung des hierauf bezüglichen Satzungsinhalts. Ferner aber auch eine Angabe in Ansehung der jenen Festsetzungen zu grund liegenden oder zu ihrer Ausführung geschlossenen Verträge oder der Art, Höhe und Empfänger der einzelnen Teile des gewährten Gründungsaufwands (§ 195 Abs. 2 Nr. 2). Ebenso auch die in der Gründer-

erklärung enthaltenen Angaben über die wesentlichen Umstände, von denen die Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Grundkapitalanteile abhängt, z. B. (Staub[8]-Pinner Anm. 6, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 6; dagegen M. 120) eine in solchem Zusammenhang (oben Anm. I b 1) abgegebene Erklärung, daß der Betrieb eines besonderen Geschäftszweigs oder der Bau einer bestimmten Eisenbahnlinie staatlich genehmigt oder sonst gesichert sei. Das Gleiche wird man aber auch wohl bezüglich der bei anderer Gelegenheit seitens der Gründer über diese Gegenstände abgegebenen Erklärungen anzunehmen haben (dagegen M. 120, Staub[8]-Pinner Anm. 6, Ring Nr. 2), solange nur die Abgabe der Erklärung gegenüber der Gesellschaft oder deren Behörden erfolgt, also z. B. bei Angaben gegenüber den Prüfern des Gründungshergangs (RGSt. 18 112, CosackHR. § 121 I 1a) oder gegenüber der Errichtungsversammlung (vgl. RG. 18 64 für den Rechtszustand vor 1884; ebenso Goldmann Nr. 7). In den letzteren Fällen liegt die Eintragung der Gesellschaft als Zweck (wenn auch nicht als unmittelbarer) ebenso vor, wie bei der Gründererklärung.

2. Haftende Personen. Die Angebenden (in der Regel also alle Gründer) haften als Gesamtschuldner (BGB. §§ 421 ff.) auf Grund der Tatsache der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit. Der einzelne Gründer ist jedoch frei von Haftung, wenn er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angabe weder kannte, noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns kennen mußte (§ 202 Abs. 2, RGSt. 18 108). Den Beweis der befreienden Tatsache hat er zu führen.

3. Inhalt der Haftung. Der Inhalt der Haftung besteht in erster Reihe in der (für bestimmte, nicht für alle Fälle) in § 202 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 näher verordneten besonderen Art des (vollständigen oder annähernden) Ersatzes (vgl. § 203 Anm. II) desjenigen, was nach den gemachten Angaben als vorhanden angesehen werden mußte. Hiernach ist ein an der Zeichnung des Grundkapitals fehlender Betrag von den Gründern als Mitberechtigten und Mitverpflichteten zu übernehmen. Entsprechend auch ein bei der Übernahme durch gerichtliche oder notarielle Erklärung (§ 188 Anm. III b 1) fehlender Betrag (Staub[8]-Pinner Anm. 7, Behrend § 110 Anm. 6, Ring Nr. 3), sowohl bei Stufengründung sowie auch bei Gleichgründung, trotzdem § 202 nach seinem Wortlaut („Zeichnung") den letzteren Fall nicht berücksichtigt. — Für die Übernahme seitens der Gründer gemäß § 202 ist keine Form vorgeschrieben. Fehlende Einzahlungen sind zu leisten; hierunter sind (KB. 12) die bei Anmeldung der Gesellschaft als eingezahlt bescheinigten (§ 195 Anm. I e 2), aber in Wahrheit nicht eingezahlten oder nicht im Besitz des Vorstands befindlichen gemeint, nicht etwa auch später eingeforderte Zahlungen (über die letzteren vgl. § 202 Abs. 3). Eine Vergütung, die nicht unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand aufgenommen (und dennoch gewährt, RG. 26 42) ist, ist zu ersetzen; die Rückübertragung der etwa als Vergütung gewährten, inzwischen wertlos gewordenen Anteilrechte genügt nicht (RG. 26 42). — Soweit durch die vorstehend erwähnten Leistungen nicht der Schaden vollständig ersetzt ist, tritt Schadensersatzpflicht nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen des BGB. §§ 249 ff. ein. Als unmittelbar Geschädigte ist die Aktiengesellschaft anzusehen (RG. 18 73).

b. **Wegen böslicher Schädigung der Gesellschaft durch Sachеinlagen oder Überlassung von Vermögensgegenständen.**

1. Böslichkeit der Schadenszufügung. Unter Böslichkeit (derselbe Ausdruck in HGB. § 269 Abs. 5, § 273 Abs. 2, BGB. § 1567, BörsG. § 43) ist nicht nur der Vorsatz begriffen, sondern auch der frevelhafte Leichtsinn und Mutwillen, bei welchem der Handelnde sich der mit dem Handeln verbundenen Gefahr bewußt ist (P. 5112, 5114; M. 122 unter Bezugnahme auf Str. 58 20, ROH. 1 158, 6 432, 8 429, 9 302, 10 218, 12 282, RG. 1 38, RG. 30 IX 82 in Beil. 3 Reichsanzeiger 21 XI 82; vgl. ferner ROH. 17 301, RG. 1 22). Eine zweifellos übermäßige Wertbemessung eingelegter oder überlassener Gegenstände wird fast immer zugleich eine bösliche Handlungsweise enthalten (M. 122); unter Umständen kann jedoch selbst eine übermäßige Wertbemessung zulässig sein, weil für die Gesellschaft die anderweiten Vorteile der Gründung überwiegen (M. 121).

2. Gründer als Schädiger. Der § 202 behandelt nur den Fall, daß „von Gründern" eine derartige Schädigung erfolgt ist. Notwendig ist nicht, daß gerade ein Gründer der Überlasser ist.

3. Haftung. Abweichend von dem Fall zu a (oben Anm. II a 2) muß im Fall zu b die Gesellschaft die „Böslichkeit" der Schädigung beweisen. Indessen nur, daß bei einem Gründer Böslichkeit vorlag. Wird dieser Beweis geführt, so haften alle Gründer (§ 202 Abs. 1 Satz 2) als Gesamtschuldner (BGB. § 421). Der einzelne Gründer kann sich jedoch durch den Gegenbeweis befreien, daß er die bösliche Schädigung weder kannte noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns kennen mußte (§ 202 Abs. 2). Der Schaden, welcher der Gesellschaft (oben Anm. I a) durch die bösliche Handlungsweise entstanden ist, ist ihr zu ersetzen (BGB. §§ 249 ff.).

c. **Wegen Ausfalls infolge Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs.**

1. Zahlungsunfähigkeit liegt schon dann vor, wenn der Übernehmer unfähig war, einen so hohen Betrag einzuzahlen, wie er einzulegen sich verpflichtet hat (vgl. M. 123). Der Fall einer Leistungsunfähigkeit bei Nichtbareinlage ist entsprechend zu behandeln wie derjenige der Zahlungsunfähigkeit bei Bareinlage.

2. Ausfall. Die Haftung der Gründer besteht nur, soweit ein Ausfall eintritt, ist mithin nur eine ergänzende gegenüber derjenigen des ursprünglichen Übernehmers des Grundkapitalanteils (M. 123). Der ursprüngliche Übernehmer aber, wenn er das Anteilrecht nach Eintragung der Gesellschaft veräußert hat, kann nur nach Maßgabe der §§ 218 ff. in Anspruch genommen werden. Hieraus folgt unter Umständen (§ 220 Abs. 2) mittelbar auch für die Gründer eine Abkürzung der Zeit (§ 206), während welcher sie haften. Wann das Vorhandensein eines Ausfalls als feststehend anzusehen, ist freier Beurteilung überlassen; es bedarf nicht vorheriger Klage und fruchtloser Vollstreckung gegen den Übernehmer des Grundkapitalanteils (M. 123). Unerheblich ist, ob der Ausfall bei der ersten oder einer späteren Einforderung eintritt; an den letzteren Fall ist in erster Reihe gedacht.

3. Welche einzelnen Gründer haften? Haftbar sind nur „die", d. h. diejenigen unter den Gründern, welche 1. die Beteiligung des Grundkapitalanteil-Übernehmers angenommen haben und 2. seine Zahlungsunfähigkeit (vgl. KO. § 102) kannten. Diese Gründer haften als Gesamtschuldner (BGB. §§ 421 ff.) auf Schadensersatz (BGB. §§ 249 ff.). — Für die Kenntnis der Gründer entscheidend ist der Zeitpunkt des Annehmens der Beteiligung, also bei Gleichgründung der Zeitpunkt der Übernahmeverhandlung (§ 182 Anm. III b, § 188 Anm. III b), bei Stufengründung bezüglich der „übernommenen" (§ 188 Anm. III a) Anteile der Zeitpunkt der Übernahmeverhandlung (§ 182 Anm. III b), bezüglich der „gezeichneten" Anteile der Zeitpunkt der Zuteilung (§ 189 Anm. II b); unerheblich ist eine erst zur Zeit der Anmeldung etwa vorhandene Kenntnis (D. 129, KB. 64).

III. **Haftung Mitwirkender.**

a. **Bei Nichtaufnahme einer Vergütung unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand (§ 202 Abs. 4 Nr. 1).** Die Haftung des Empfängers oder Dritter tritt nicht schon ein, wenn sie Kenntnis von der Tatsache der Nichtaufnahme (oben Anm. II a 1) haben, sondern nur (unter den im Gesetz näher bestimmten Voraussetzungen), wenn eine Verheimlichung, d. h. eine beabsichtigte Geheimhaltung seitens der Gründer in Betracht kommt. Dies kann der Fall sein selbst, wenn die Vergütung noch vor Feststellung der Satzung gewährt ist (M. 123). „Nach den Umständen annehmen mußte" ist gleichbedeutend mit „trotz Kenntnis der Umstände fahrlässig nicht annahm" (BGB. § 122 Abs. 2, Staub[8]-Pinner Anm. 21, Ring Nr. 7, RGSt. 2 143; dagegen Goldmann Nr. 37, der im Anschluß an die Auslegung des StGB. § 259 in RGSt. 7 86, 25 222 Fahrlässigkeit nicht für haftungbegründend erachtet).

b. **Bei böslicher Schädigung der Gesellschaft durch Nichtbareinlagen oder Überlassung von Vermögensgegenständen (§ 202 Abs. 4 Nr. 2).** Nur bei wissentlicher Mitwirkung zu einer derartigen böslichen Schädigung (oben Anm. II b 1) haftet der Dritte.

§ 203.

Haftung der Ankündiger.

Wer vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister oder in den ersten zwei Jahren nach der Eintragung eine öffentliche Ankündigung der Aktien erläßt, um sie in den Verkehr einzuführen, ist der Gesellschaft im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit von Angaben, welche die Gründer in Ansehung der Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals oder in Ansehung der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister machen, sowie im Falle einer böslichen Schädigung der Gesellschaft durch Einlagen oder Uebernahmen für den Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens mit den im § 202 bezeichneten Personen als Gesammtschuldner verhaftet, wenn er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben oder die bösliche Schädigung kannte oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns kennen mußte.

ADH. Art. 213 b. **Entw. I** § 189. **Entw. II** § 201.

I. Ankündigung trotz Gründerverstoß.
II. Haftung für Tatsache solchen Ankündigens.
III. Haftung für Inhalt der Ankündigung.
IV. Zeichnungsstelle.
V. Anmeldung bei Stempelbehörde vor Auflegung zur Zeichnung.

I. **Ankündigung trotz Vorliegens von Verstößen der Gründer.** Nur auf den Fall, daß Verstöße von Gründern vorliegen, beziehen sich die Bestimmungen des § 203, nicht auf den Inhalt der Ankündigung (D. 129). Das Gesetz will auf diesem Umweg die Ankündiger zur aufmerksamen Beachtung der in § 203 bezeichneten Angaben der Gründer und der etwa erfolgten derartigen Schädigungen anhalten.

a. **Öffentliche Ankündigung zwecks Einführung in Verkehr.**

1. Öffentlich ist die Ankündigung, wenn sie sich an einen nicht begrenzten Kreis von Personen wendet (RG. 39 248) und in einer Weise erfolgt, die geeignet ist, sie zur Wahrnehmung seitens einer Mehrheit von Personen zu bringen (RGSt. 1 358, die zu StGB. § 200 ergangenen Entscheidungen). Dies kann unter Umständen auch durch Versendung eines Rundschreibens geschehen (Staub[8]-Pinner Anm. 2; dagegen Goldmann Nr. 4). Nicht genügend ist — abweichend vom Fall des HGB. § 25 Abs. 3 (§ 25 Anm. IV b 1) — die Benachrichtigung nur weniger Personen, z. B. nur der eigenen Kunden (Staub[8]-Pinner Anm. 2, Goldmann Nr. 4).
2. „Erlassen" wird eine Ankündigung wohl nur von demjenigen, der nicht nur die Kundgebung veranlaßt hat, sondern auch nach deren Inhalt als Kundgebender für weitere Kreise erkennbar ist; weitergehend haften nach BörsG. § 43 nicht nur „diejenigen, welche den Prospekt erlassen haben", sondern auch „diejenigen, von denen der Erlaß des Prospekts ausgeht". Ist jene Erkennbarkeit vorhanden, so ist unerheblich, ob eine ausdrückliche Unterzeichnung der Ankündigung erfolgt ist (Staub[8]-Pinner Anm. 1, Ring Nr. 2). Bei einer im redaktionellen Teil einer Zeitung enthaltenen Ankündigung ist Ankündiger jedenfalls der Redaktör, da er sich nach außen in eigenem Namen äußert; ist jedoch durch den Inhalt der Kundgebung oder durch die Stelle des Blattes, an welcher sie steht, erkennbar gemacht, daß ein anderer die Kundgebung veranlaßt hat, und hat dieser letztere in diese Erkennbarmachung gewilligt, so haftet auch der andere als Mitankündiger (einschränkend Staub[8]-Pinner Anm. 1, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 3). Eine Zeichnungsstelle als solche gehört in der Regel nicht zu den die Ankündigung Erlassenden (vgl. M. 127, unten Anm. IV).
3. „Aktien." M. 127: „d. h. Aktienrechte, seien es Aktien, Promessen, Interimsscheine oder Zeichnungen." Das Angekündigte ist das Anteilrecht (§ 179 Anm. II). Aber nicht notwendig ein bereits bestehendes (vgl. Esser Anm. 4), sondern möglicherweise ein künftiges;

dies geht schon daraus hervor, daß auch auf Ankündigung vor Eintragung der Gesellschaft Bezug genommen ist. Nicht anwendbar ist § 203 auf Ankündigung von Schuldverschreibungen. Dagegen anwendbar auf neue Anteilrechte bei Erhöhung des Grundkapitals (ebenso Esser Anm. 1).

4. Zwecks Einführung in den Verkehr. Die beiden Hauptfälle derartiger Ankündigungen sind (M. 127) die „Emission", sei es als Aufforderung zur Zeichnung oder als Aufforderung zum Erwerb bereits bestehender Anteilrechte, und die Veröffentlichung eines Prospekts als Vorbereitung des Antrags auf Zulassung der Wertpapiere zum Börsenhandel (BörsG. § 38). — Nicht jener Zweck wird verfolgt z. B. bei öffentlichem Ausgebot der Aktien eines verstorbenen oder zahlungsunfähig gewordenen Gründers durch Notar oder Gerichtsvollzieher behufs Verwertung für die Masse (M. 127). — „Inverkehrbringen" ist nicht gleichbedeutend mit „erster Ausreichung durch den Aussteller", liegt vielmehr erst in der Zuführung des Papiers an einen größeren Kreis von Erwerbern, gleichgültig ob seitens des ersten Ausreichers oder seitens der Zwischeneigentümer (ROH. 20 255). Aktien, welche an der Börse schon gehandelt werden, fallen nicht unter die Vorschrift, denn sie sind bereits im Verkehr und können nicht mehr in den Verkehr eingeführt werden (Esser Anm. 5).

5. Zeitgrenze. Der § 203 betrifft nur diejenigen Ankündigungen, die vor Eintragung der Gesellschaft (§ 200 Anm. I) oder innerhalb zwei Jahren nach dieser Eintragung erfolgen. — Über Verjährung vgl. § 206.

b. **Unrichtige oder unvollständige Angaben oder bösliche Schädigung.** Nur Verstöße der Gründer der in § 202 **Abs. 1** gedachten Art (§ 202 Anm. IIa, b), nicht auch solche der in § 202 **Abs.** 3 gedachten Art (§ 202 Anm. IIc) kommen in Betracht.

c. **Kenntnis oder Kennenmüssen des Ankündigers.** Kennenmüssen ist Nichtkennen infolge von Fahrlässigkeit (BGB. § 122). Der § 203 spricht zwar nicht aus, setzt jedoch voraus, daß der Ankündiger eine Prüfung der in § 203 bezeichneten Punkte nicht nur insoweit vornimmt, wie es in seinem eigenen Interesse liegt, sondern auch insoweit, wie es das Interesse derjenigen, an welche die Ankündigung gerichtet ist, nach den Grundsätzen eines ordentlichen Geschäftsbetriebs erfordert. Schon die Nichteinhaltung der letzteren Pflicht ist eine unter § 203 fallende Fahrlässigkeit. Auch den Inhalt der Gründererklärung (§ 191) soll der Ankündiger bei seiner Prüfung beachten (KB. 9; vgl. § 202 Anm. IIa 1). Andererseits kann nicht verlangt werden, daß der Ankündiger besondere, bei ihm nicht vorauszusetzende Fachkenntnisse seiner Prüfung zu grund lege (KB. 12).

II. **Inhalt der Haftung gemäß § 203.** Der § 203 bestimmt nur über eine Haftung für die Tatsache des Ankündigens trotz Gründerverstoß (oben Anm. I) und nur über eine Haftung gegenüber der Gesellschaft (vgl. § 202 Anm. Ia). Die Haftung ist eine gesamtschuldnerische (BGB. §§ 421 ff.) mit den in § 202 bezeichneten Personen. Über Verjährung vgl. § 206. Die Haftung geht auf „Schadensersatz" (§ 203; vgl. ebenso § 202 Abs. 4). Ob man hieraus schließen kann, daß der Inhalt der Haftung der gleiche ist wie der in § 202 Abs. 1 näher bezeichnete Inhalt der Haftung der Gründer, hängt davon ab, ob man auch die in § 202 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 hervorgehobenen Ersatzleistungen als Schadensersatz anzusehen hat. Dies wird wohl zu bejahen sein, und deshalb sind auch haftende Ankündiger z. B. für verpflichtet zu erachten, einen an der Zeichnung des Grundkapitals fehlenden Betrag zu übernehmen (zust. Staub[8]-Pinner Anm. 7, Ring Nr. 6; dagegen M. 126). Die gegenteilige Ansicht würde in bestimmten Fällen entweder dazu führen, daß Gründer und Ankündiger jeder für eine andere Leistung als Gesamtschuldner haften, oder daß die Gründer allein für die Übernahme nicht gezeichneter Grundkapitalanteile, und Gründer und Ankündiger gemeinsam nur für den dann verbleibenden Schaden, die Ankündiger also nur ergänzend haften.

III. **Haftung für den Inhalt der Ankündigung.**

a. **Allgemein.** Betreffs der Haftung für den Inhalt der Ankündigung selbst enthält § 203 keine Bestimmung. Ob und inwieweit in dieser Beziehung (insbesondere auf Grund eines Veräußerungsvertrags oder einer durch die Ankündigung begangenen strafbaren Handlung eine Haftung eintritt, sei es gegenüber der Gesellschaft, sei es gegenüber einzelnen Aktionären

oder Gesellschaftsgläubigern, bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. (D. 129, RG. 39 247). Die Aufforderung zur Zeichnung bereits bestehender Anteilrechte ist in der Regel (vgl. ROH. 17 52) aufzufassen als eine Aufforderung zu Kaufangeboten (dahingestellt ROH. 17 48), und die Zuteilung auf Grund der Zeichnung als eine Annahme des Kaufangebots (vgl. § 189 Anm. IIb). Das Geschäft ist ein Kauf (ROH. 18 182) auch, wenn die Gesellschaft nur errichtet, nicht bereits eingetragen ist (ROH. 22 389; vgl. § 381). — Wer in Ansehung bestimmter Tatsachen wissentlich falsche Angaben in einer im § 203 bezeichneten Ankündigung von Aktien macht, ist strafbar nach § 313 Nr. 2. Vgl. auch die über den Fall des Prospekts hinausreichende Strafvorschrift in BörsG. § 75 Abs. 3 (unten Anm. IIIb).

b. **Insbesondere Prospekt, auf Grund dessen die Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen sind.** Hierüber bestimmt das BörsG. 22 VI 96 (RGBl. 157) in der durch EGHGB. Art. 14 geänderten Fassung:

§ 38 Abs. 2. „Vor der Zulassung ist, sofern es sich nicht um deutsche Reichs- oder Staatsanleihen handelt, ein Prospekt zu veröffentlichen, welcher die für die Beurteilung des Wertes der einzuführenden Papiere wesentlichen Angaben enthält. Das Gleiche gilt für Konvertierungen und Kapitalserhöhungen. Der Prospekt muß den Betrag, welcher in den Verkehr gebracht, sowie den Betrag, welcher vorläufig vom Verkehr ausgeschlossen werden soll, und die Zeit, für welche dieser Ausschluß erfolgen soll, ersichtlich machen."

§ 43. „Sind in einem Prospekt, auf Grund dessen Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen sind, Angaben, welche für die Beurteilung des Wertes erheblich sind, unrichtig, so haften diejenigen, welche den Prospekt erlassen haben, sowie diejenigen, von denen der Erlaß des Prospekts ausgeht, wenn sie die Unrichtigkeit gekannt haben oder ohne grobes Verschulden hätten kennen müssen, als Gesamtschuldner jedem Besitzer eines solchen Wertpapiers für den Schaden, welcher demselben aus der von den gemachten Angaben abweichenden Sachlage erwächst. Das Gleiche gilt, wenn der Prospekt infolge der Fortlassung wesentlicher Tatsachen unvollständig ist und diese Unvollständigkeit auf böslichem Verschweigen oder auf der böslichen Unterlassung einer ausreichenden Prüfung seitens derjenigen, welche den Prospekt erlassen haben, oder derjenigen, von denen der Erlaß des Prospekts ausgeht, beruht.

Die Ersatzpflicht wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Prospekt die Angaben als von einem Dritten herrührend bezeichnet."

§ 44. „Die Ersatzpflicht erstreckt sich nur auf diejenigen Stücke, welche auf Grund des Prospekts zugelassen und von dem Besitzer auf Grund eines im Inlande abgeschlossenen Geschäfts erworben sind.

Der Ersatzpflichtige kann der Ersatzpflicht dadurch genügen, daß er das Wertpapier gegen Erstattung des von dem Besitzer nachgewiesenen Erwerbspreises oder desjenigen Kurswertes übernimmt, den die Wertpapiere zur Zeit der Einführung hatten.

Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer des Papiers die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben des Prospekts bei dem Erwerbe kannte. Gleiches gilt, wenn der Besitzer des Papiers bei dem Erwerbe die Unrichtigkeit der Angaben des Prospekts bei Anwendung derjenigen Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten beobachtet, kennen mußte, es sei denn, daß die Ersatzpflicht durch bösliches Verhalten begründet ist."

§ 45 Satz 1. „Der Ersatzanspruch verjährt in fünf Jahren seit der Zulassung der Wertpapiere."

§ 46. „Eine Vereinbarung, durch welche die nach den §§ 43 bis 45 begründete Haftung ermäßigt oder erlassen wird, ist unwirksam.

Weitergehende Ansprüche, welche nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts auf Grund von Verträgen erhoben werden können, bleiben unberührt."

§ 47. „Für die Entscheidung der Ansprüche aus den §§ 43 bis 46 ist ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich das Landgericht des Ortes zuständig, an dessen Börse die Einführung des Wertpapiers erfolgte. Besteht an diesem Landgerichte eine Kammer für Handelssachen, so gehört der Rechtsstreit vor diese. Die Revision sowie die Beschwerde gegen Entscheidungen des Oberlandesgerichts geht an das Reichsgericht."

§ 75. „Wer in betrügerischer Absicht auf Täuschung berechnete Mittel anwendet, um auf den Börsen- oder Marktpreis von Waren oder Wertpapieren einzuwirken, wird mit Gefängnis und zugleich mit Geldstrafe bis zu fünfzehntausend Mark bestraft. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf die Geldstrafe erkannt werden.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher in betrügerischer Absicht wissentlich unrichtige Angaben in Prospekten (§ 38) oder in öffentlichen Kundgebungen macht, durch welche die Zeichnung oder der Ankauf oder Verkauf von Wertpapieren herbeigeführt werden soll."

Über das Verhältnis des § 203 HGB. zu §§ 43 ff. BörsG. vgl. Baer in HoldheimsMSchr. 97 101.

IV. **Zeichnungsstelle.** Das Rechtsverhältnis der Zeichnungsstelle zu dem Ausgeber (Emissionshaus) und zu den Zeichnern (von Aktien, anderen Wertpapieren oder künftigen Anteilrechten) kann je nach dem Einzelfall ein verschiedenes sein (ROH. 17 49). Maßgebend für das erstere Verhältnis ist der Vertrag zwischen Ausgeber und Zeichnungsstelle, maßgebend für das letztere Verhältnis namentlich der Inhalt der etwa erfolgten öffentlichen Aufforderung zu Zeichnungen. Ergeht vom Ausgeber die Aufforderung zu Zeichnungen bei der Zeichnungsstelle, so ist im Zweifel die Zeichnungsstelle nur Bevollmächtigter des Ausgebers für Entgegennahme von Zeichnungen und Sicherheitsleistungen oder Einzahlungen (ROH. 17 51, 18 183, 20 251). In einem Fall, in welchem auf Grund einer mit der Unterschrift eines ausländischen Eisenbahnunternehmens versehenen Ankündigung Schuldverschreibungen jenes Unternehmens bei inländischen Bankhäusern als Zeichnungsstellen gezeichnet waren, wurden jedoch diese Bankhäuser als (in eigenem Namen handelnde) Kommissionäre angesehen (ROH. 20 251). Ergeht seitens der Zeichnungsstelle die Aufforderung zu Zeichnungen, so handelt sie im Zweifel nach außen in eigenem Namen (BGB. § 164 Abs. 2). Dies auch, wenn nach Inhalt der Aufforderung feststeht, daß die Zeichnungsstelle hierbei für fremde Rechnung handelt, z. B. (§ 182 Anm. II b 1 γ) für Rechnung eines Begebungskonsortiums, dem sie selbst angehört. Fordern mehrere gemeinsam zur Zeichnung bei einem von ihnen auf, und ist nach außen jedem einzelnen Aufforderer die Zuteilung auf die bei ihm eingehenden Zeichnungen vorbehalten, so tritt der Zeichnende in ein Rechtsverhältnis nur zu dem einzelnen Aufforderer, an den er die Zeichnung richtet, nicht zur Gesamtheit der Aufforderer (RG. 56 299). Über das Erlassen von Ankündigungen vgl. oben Anm. I a 2.

V. **Anmeldung bei der Stempelbehörde vor Auflegung zur Zeichnung.** Hierüber bestimmt das Reichsstempelgesetz 27 IV 94 / 14 VI 00 § 3.

§ 204.

Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder.

Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths, die bei der ihnen durch die §§ 192, 193 auferlegten Prüfung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns außer Acht lassen, haften der Gesellschaft als Gesammtschuldner für den ihr daraus entstehenden Schaden, soweit der Ersatz des Schadens von den nach den §§ 202, 203 verpflichteten Personen nicht zu erlangen ist.

ADH. Art. 213 c. **Entw. I** § 190. **Entw. II** § 202.

I. **Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats.** Also jedes einzelne Mitglied, wie auch jedem einzelnen die Prüfungspflicht obliegt (§ 192 Anm. I). Ebenso jeder mit der Prüfung befaßt gewesene Stellvertreter eines Vorstandsmitglieds (§ 242). Für Ansprüche gegen Revisoren ist nicht § 204, sondern sind die allgemeinen Vorschriften des BGB. maßgebend (KB. 8).

II. **Außerachtlassung der Sorgfalt bei Prüfung.** Die Gesellschaft hat die Außerachtlassung

der Sorgfalt seitens der Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats zu beweisen (Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 5; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 4). Betreffs Außerachtlassung der Sorgfalt bei anderen Obliegenheiten bestehen abweichende Vorschriften (§§ 241, 249; unten Anm. III). Sind Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats zugleich Gründer, Empfänger, mitwirkende Dritte oder Ankündiger, so kommt in erster Reihe ihre etwaige Haftung gemäß §§ 202, 203 in Betracht. Wissentlich falsche Angaben bestimmter Art sind strafbar nach § 313 Nr. 1.

III. **Der Gesellschaft** gegenüber bestimmt § 204 eine Schadensersatzpflicht. Hieraus ist abzuleiten, daß nicht auch der einzelne Aktionär oder Gesellschaftsgläubiger aus gleichem Grund Ansprüche geltend machen kann (§ 202 Anm. Ia, RG. 39 249). Dagegen ist für den § 204 nicht auch die weitere Beschränkung (vgl. § 202 Anm. I a) abzuleiten, daß Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats anläßlich der Gründung nur wegen Vernachlässigung der Sorgfalt bei der ihnen nach §§ 192, 193 obliegenden Prüfung, nicht auch wegen Vernachlässigung der Sorgfalt bei anderen mit der Gründung zusammenhängenden Obliegenheiten (oben Anm. II), der Gesellschaft haftbar seien; denn die Sorgfaltspflicht ist hier keine außervertragliche, sondern folgt aus dem bestehenden Vertrags- oder Beamtenverhältnis, und demgegenüber enthält § 204 nur eine Ausnahme zu gunsten der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat, wonach in gewissen Fällen der Sorgfaltsverletzung ihre Haftung nur eine ergänzende sein soll.

IV. **Schadensersatzpflicht.**

a. **Die sachlichen Voraussetzungen der Haftung** gemäß § 204 sind weniger eng begrenzt als diejenigen der Haftung gemäß §§ 202, 203 (oben Anm. II). So ist in §§ 202, 203 für die Haftung bei Nichtbareinlagen oder Überlassungen (abgesehen von unrichtigen oder unvollständigen Angaben) bösliche Schädigung vorausgesetzt; für die Haftung aus § 204 genügt die Tatsache der Schädigung in Verbindung mit Fahrlässigkeit bei Prüfung (M. 124).

b. **Inhalt** der Haftung ist Schadensersatzpflicht nach BGB. § 249. Abweichend vom Fall des § 203 (§ 203 Anm. II) sind die Sonderbestimmungen des § 202 Abs. 1 Satz 1 über die nähere Art der Schadensvergütung nicht auch auf den Fall des § 204 für anwendbar zu erachten, da hier nur eine ergänzende Haftung in Frage steht. — Die Haftung erstreckt sich nur auf den „daraus", d. h. aus der Außerachtlassung der Sorgfalt bei der eigenen Prüfung entstandenen Schaden (Mosse Anm. 3). Mehrere schuldige Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats haften als Gesamtschuldner soweit derselbe Schaden in Betracht kommt, wenn auch das Verschulden jedes einzelnen Mitglieds auf anderen Tatumständen beruht; für den Fall aber, daß durch Schuld eines Mitglieds ein Schaden, durch Schuld eines anderen Mitglieds ein anderer Schaden entsteht, sollte auch durch § 204 nicht das Eintreten einer Gesamthaftung vorgeschrieben werden (KB. 13).

c. **Ergänzende** Haftung. Die Haftung tritt nur ergänzend ein, soweit nämlich von etwa gleichfalls haftenden Gründern, Aufwandsempfängern, Dritten, Ankündigern ein Ersatz des Schadens nicht zu erlangen ist. Die Frage, ob Ersatz zu erlangen, unterliegt freier Beurteilung; es bedarf nicht unbedingt einer vorherigen Klage und Zwangsvollstreckung gegen alle Haftenden (M. 124; vgl. § 202 Anm. II c 2). Im Bestreitungsfall hat die Gesellschaft den Mangel an Sorgfalt zu beweisen. Die Bestimmung, daß die Haftung aus § 204 nur ergänzend sei, ist wohl dahin einschränkend auszulegen, daß jene Beschränkung nur insoweit Platz greift, wie Schadensersatz „von den nach den §§ 202, 203 verpflichteten Personen auf Grund der Bestimmungen der §§ 202, 203" zu erlangen ist (§ 205 Anm. II). — Ob ein Rückgriff der Gesamtschuldner untereinander zulässig, entscheidet sich nach den im Einzelfall zu grund liegenden Rechtsverhältnissen (vgl. auch BGB. § 426).

§ 205.

Vergleiche, Verzichte bei Ansprüchen aus Gründung.

Vergleiche oder Verzichtleistungen, welche die der Gesellschaft aus der Gründung zustehenden Ansprüche gegen die nach den §§ 202 bis 204 verpflichteten Personen

betreffen, sind erst nach dem Ablaufe von fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und nur mit Zustimmung der Generalversammlung zulässig; sie sind unzulässig, soweit in der Versammlung eine Minderheit, deren Antheile den fünften Theil des Grundkapitals darstellen, Widerspruch erhebt. Die zeitliche Beschränkung findet keine Anwendung, sofern sich der Verpflichtete im Falle der Zahlungsunfähigkeit zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht.

ADH. Art. 213d. **Entw. I** § 191. **Entw. II** § 203.

I. **Vergleiche oder Verzichtleistungen.** Vergleich vgl. BGB. § 779. Eine Verzichtleistung ist enthalten sowohl in einem Erlaßvertrag (BGB. § 397), wie auch in einem (als einseitige Erklärung aufzufassenden, § 260 Anm. IV a) Entlastungsbeschluß (M. 128). Vergleiche oder Verzichtleistungen, die nach § 205 unzulässig, sind nichtig (BGB. § 134, KB. 13).

II. **„Die der Gesellschaft aus der Gründung zustehenden Ansprüche gegen die nach den §§ 202 bis 204 verpflichteten Personen."** Die Worte „aus der Gründung" (ebenso § 268) sind aufzufassen als ein abgekürzter Ausdruck für „auf Grund der Bestimmungen der §§ 202 bis 204." (Der § 205 ist daher z. B. nicht anwendbar auf einen Anspruch gegen einen Gründer auf Grund eines besonderen Vertrags, so einer Dividendengarantie, Bolze 11 Nr. 475). Ein entsprechender Ausdruck fehlt an den entsprechenden Stellen in §§ 204 und 206, ist jedoch wohl auch dort hinzuzudenken. Daß in allen jenen Fällen absichtlich die Beschränkung auf Ansprüche aus §§ 204—206 fortgelassen worden, ist nicht anzunehmen, denn einerseits sind Ansprüche der Gesellschaft gegen „die nach §§ 202—204 verpflichteten Personen" auch außerhalb der Bestimmungen der §§ 202—204 denkbar (§ 202 Anm. Ib, § 204 Anm. III), und andererseits war nicht beabsichtigt, auch für diese Fälle durch Sonderbestimmungen (wie in §§ 205, 206 enthalten) in das allgemeine bürgerliche Recht einzugreifen (M. 120). Auch § 205 betrifft nur Ansprüche der Gesellschaft (§ 202 Anm. Ia).

III. **Zeitgrenze.**

a. **Nach Ablauf von 5 Jahren.** In ADH. Art. 213d war nur eine dreijährige Zeitgrenze bestimmt. Aus der Verlängerung dieser Frist auf fünf Jahre (KB. 65) in Verbindung mit der in gleicher Weise bemessenen Verjährungsfrist des § 206 ergibt sich, daß (abgesehen von dem Fall des § 205 Satz 2) Vergleiche oder Verzichtleistungen des in § 205 gedachten Inhalts überhaupt nur nach Verjährung des Anspruchs zulässig sind, es sei denn, daß die Verjährung gehemmt oder unterbrochen war. Die Frist beginnt in beiden Fällen mit der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister des Sitzes (§ 198; vgl. § 159 Abs. 2).

b. **Ausnahmsweiser Wegfall der Zeitgrenze.** Keine Zeitbeschränkung, wohl aber die allgemeinen Beschränkungen (unten Anm. IV), finden Platz, sofern derjenige, gegen welchen die Gesellschaft einen Anspruch zu haben glaubt, im Fall der Zahlungsunfähigkeit (KO. § 102; vgl. HGB. § 202 Anm. IIc 1) zur Abwendung eines bevorstehenden oder Beseitigung eines eröffneten Konkursverfahrens mit „seinen Gläubigern" sich vergleicht (§ 205 Satz 2), d. h. mit der Gesamtheit seiner Gläubiger, wenn auch nicht gerade mit jedem einzelnen und nicht unter den gleichen Bedingungen (M. 129, KB. 13).

IV. **Beschränkungen.**

a. **Zustimmung der Generalversammlung.** Indem die Generalversammlung die Zustimmung erteilt, wird sie — da die Personen, gegen welche Ansprüche geltend zu machen wären, im Verhältnis zur Gesellschaft Dritte sind — nicht zur vertragschließenden Behörde; außer der Zustimmung der Generalversammlung bleibt daher, wie bei sonstigen Verträgen, die Abgabe der Vertragsabschlußerklärung seitens des Vertreters der AG. (§§ 231, 232, 247) erforderlich (§ 250 Anm. IVc 2). Kein Stimmrecht hat, wem gegenüber verzichtet werden soll. Ob ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied Stimmrecht hat bei Verzicht gegenüber Gründern, vgl. § 252 Anm. Vb 2.

b. **Minderheitsrecht.** Erhebt eine Minderheit, deren Anteile mindestens den fünften Teil des

Grundkapitals darstellen, Widerspruch, so ist der beabsichtigte Vergleich oder Verzicht unzulässig. Dies jedoch nur, „soweit" sie Widerspruch erhebt; die von dem Widerspruch nicht berührten Teile der Abmachung bleiben bestehen (M. 129; vgl. BGB. § 139). Widerspruch kann auch durch einfaches Gegenstimmen erhoben werden; es bedarf nicht etwa einer besonderen Erklärung zu Protokoll (vgl. § 271 Abs. 3). Diesem Widerspruchsrecht der Minderheit entspricht das Minderheitsrecht des § 268, die Geltendmachung der fraglichen Gesellschaftsansprüche zu verlangen. Im ADH. war die Minderheit auch des (jetzt durch § 268 ersetzten) Art. 223 auf den fünften Teil des Grundkapitals bestimmt, und mit Rücksicht hierauf im Art. 213d (jetzt § 205) einer gleich hohen Minderheit das Widerspruchsrecht gegeben. Die Reichstagskommission änderte in erster Lesung den jetzigen § 268 (und § 270) dahin, daß bereits eine Minderheit, welche den zehnten Teil des Grundkapitals darstelle, die Verfolgung verlangen könne (KB. 92). Der in zweiter Lesung gestellte Antrag, nunmehr entsprechend auch im jetzigen § 205 dem zehnten Teil des Grundkapitals ein Widerspruchsrecht einzuräumen, wurde abgelehnt (KB. 66). Aus dem (neu aufgenommenen) § 270 folgt, daß sobald eine Minderheit von einem Zehntel des Grundkapitals die Geltendmachung eines Anspruchs gemäß § 268 verlangt hat, ein Vergleich oder Verzicht nur zulässig ist, wenn von den die (betreffende) Minderheit bildenden Aktionären so viele zustimmen, daß die Aktien der übrigen nicht mehr ein Zehntel des Grundkapitals darstellen. Für diesen Fall müssen die Erfordernisse sowohl des § 205 wie auch des § 270 gewahrt sein.

§ 206.

Verjährung der Ansprüche aus Gründung.

Die Ansprüche der Gesellschaft gegen die nach den §§ 202 bis 204 verpflichteten Personen verjähren in fünf Jahren von der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister an.

ADH. Art. 213e. **Entw. I** § 192. **Entw. II** § 204.

I. **Ansprüche der Gesellschaft.** Vgl. § 202 Anm. I, § 204 Anm. III.

II. **„Gegen die nach den §§ 202—204 verpflichteten Personen".** Gemeint sind nur Ansprüche „auf Grund der Bestimmungen der §§ 202—204" (§ 205 Anm. II).

III. **Verjährung.** Vgl. § 159 Anm. II. Über den Zusammenhang der fünfjährigen Frist mit der gleichen Frist in § 205 vgl. § 205 Anm. IIIa.

§ 207.

Nachgründung.

Verträge der Gesellschaft, nach denen sie vorhandene oder herzustellende Anlagen, die dauernd zu ihrem Geschäftsbetriebe bestimmt sind, oder unbewegliche Gegenstände für eine den zehnten Theil des Grundkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll, bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Generalversammlung, falls sie vor dem Ablaufe von zwei Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen werden.

Vor der Beschlußfassung hat der Aufsichtsrath den Vertrag zu prüfen und über die Ergebnisse seiner Prüfung schriftlich Bericht zu erstatten.

Der Beschluß, durch welchen dem Vertrage die Zustimmung ertheilt wird, bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Wird der Vertrag im ersten Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen, so müssen außerdem die Antheile der zustimmenden Mehrheit mindestens ein Viertheil des gesammten Grundkapitals darstellen.

Nach erfolgter Zustimmung der Generalversammlung hat der Vorstand den Vertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift mit dem Berichte des Aufsichtsraths nebst dessen urkundlichen Grundlagen zum Handelsregister einzureichen. Zum Handelsregister einer Zweigniederlassung findet die Einreichung nicht statt.

Bildet der Erwerb von Grundstücken den Gegenstand des Unternehmens, so finden auf einen solchen Erwerb die Vorschriften der Abs. 1 bis 4 keine Anwendung. Das Gleiche gilt für den Erwerb von Grundstücken im Wege der Zwangsversteigerung.

ADH. Art. 213f Abs. 1—4, 6. **Entw. I** § 193. **Entw. II** § 205.

I. **Nachgründungsvertrag.**

a. **Vertragschließender.** „Vertrag der Gesellschaft." Während der Übernahmevertrag des § 186 in erster Reihe zwischen Einzelpersonen, wenn auch für die Gesellschaft geschlossen wird, und die Gesellschaft ihn bei ihrer Errichtung bereits fertig vorfindet und erst mit der Errichtung Vertragspartei wird, handelt es sich bei dem Nachgründungsvertrag des § 207 um einen Vertrag, der durch bereits vorhandene verfassungsmäßige Behörden der Gesellschaft in deren Namen geschlossen wird. Ein Vertrag kommt daher nur zu stande, wenn die gesetzlichen Vertreter der AG. (§§ 231, 232, 247) die Vertragsabschlußerklärung abgeben (§ 205 Anm. IV a, § 250 Anm. IV c 2; vgl. § 207 Anm. I d).

b. **Gegenstand des Vertrags.** Die Vorschriften über den Nachgründungsvertrag kommen zur Anwendung nur, wenn eine Betriebsanlage oder Unbewegliches (nachstehend zu 1) erworben werden soll und keine der beiden Ausnahmen des § 207 Abs. 5 (nachstehend zu 2, 3) vorliegt.

1. Erwerb von Betriebsanlagen oder unbeweglichen Gegenständen. Durch den Übernahmevertrag des § 186 kann ein beliebiger Vermögensgegenstand erworben werden (§ 186 Anm. III a 2); ein Nachgründungsvertrag ist nur vorhanden, wenn Betriebsanlagen oder unbewegliche Gegenstände (letztere mit Ausnahme der in § 207 Abs. 5 genannten Fälle) erworben werden sollen. Handelt es sich nach Gesellschaftserrichtung um den Erwerb anderer Vermögensgegenstände oder um den Erwerb unbeweglicher Gegenstände in den Fällen des § 207 Abs. 5, so sind die Beschränkungen des § 207 nicht anwendbar (vgl. § 186 Anm. III d). Der Art. 213f ADH. erwähnte nur allgemein „Anlagen oder unbewegliche Gegenstände". Der Begriff der Anlagen ist jetzt in § 207 Abs. 1 dahin erläutert (D. 130), daß darunter nur die „dauernd zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmten" zu versehen sind (vgl. auch § 261 Anm. IX a 1). Dadurch, daß dieser Zusatz nicht auch in den entsprechenden § 186 aufgenommen ist, ergibt sich zwar eine Verschiedenheit der Wortfassung, aber ohne hieraus folgende sachliche Abweichung (§ 186 Anm. III a 2). Nicht jede Anlage ist ein unbeweglicher Gegenstand (Staub[8]-Pinner Anm. 3).

2. Unternehmen, dessen Gegenstand der Erwerb von Grundstücken (§ 207 Abs. 5 Satz 1). Der § 207 Abs. 5 Satz 1 ist auf den Fall zu beschränken, daß in der Satzung der Erwerb von Grundstücken besonders als einer der Gegenstände des Unternehmens (§ 182 Anm. IV b 3) hervorgehoben ist; es genügt nicht, daß er unter eine etwa geschehene allgemeine Bezeichnung, wie etwa „Handelsgeschäfte aller Art" mit gebracht werden kann (zust. Staub[8]-Pinner Anm. 10). Der Erwerb von Grundstücken muß einer der Hauptzwecke des Unternehmens sein (wie bei Baugesellschaften, Landgesellschaften, KB. 14); von der Befreiung wird nicht betroffen der Erwerb eines für den sonstigen andersartigen Gegenstand des Unternehmens erforderlichen Grundstücks (KGJ. 10 33, ObLG. München 20 IV 95 HoldheimsMSchr. 96 201).

3. Erwerb von Grundstücken bei Zwangsversteigerung (§ 207 Abs. 5 Satz 2). Der § 207 Abs. 5 Satz 2 ist auf den Fall zu beschränken, daß die Gesellschaft bei der Zwangsversteigerung als Gläubigerin beteiligt ist (Staub[8]-Pinner Anm. 11, Ring Nr. 11, Goldmann Nr. 23; dagegen Rudorff). Dagegen braucht sie nicht betreibende Gläubigerin zu sein.

c. **Vergütung.** Vgl. § 186 Anm. III c. Den beschränkenden Vorschriften des § 207 unterliegen nur diejenigen Verträge, bei denen die von der Gesellschaft zu gewährende Vergütung den zehnten Teil des Grundkapitals (§ 178 Anm. II a) übersteigt. Die Zahl, die in Währung den Wert der Vergütung ausdrückt, darf nicht höher sein als die Zahl, durch welche ein Zehntel des (als willkürlicher Nennbetrag zu grund gelegten, § 178 Anm. II a) Grundkapitals dargestellt wird.

d. **Zeitgrenze.** Unter § 207 fallen nur diejenigen Verträge, die vor Ablauf von zwei Jahren seit Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister des Sitzes (§ 198) geschlossen werden. Vor Eintragung geschlossen und mithin unter § 207 fallend sind auch die zwischen Errichtung und Eintragung geschlossenen Verträge (etwas ungenau daher § 207 Abs. 3 Satz 2). Auf die vor Errichtung geschlossenen Verträge findet § 186, nicht § 207, Anwendung (§ 186 Anm. III d). Der Zeitpunkt des „Schließens“ des Vertrags ist nicht der Zeitpunkt des zustimmenden Generalversammlungsbeschlusses, sondern der (in der Regel vorher liegende) der erklärten Willenseinigung zwischen dem Dritten und dem Vertreter der Gesellschaft (oben Anm. I a).

e. **Form.** Das Erfordernis der Schriftlichkeit folgt aus den Bestimmungen in § 207 Abs. 2, 4.

II. **Beschränkungen.**

a. **Prüfung und Berichterstattung durch Aufsichtsrat.** Abweichend von § 192 ist nur eine Prüfung durch den Aufsichtsrat vorgeschrieben; ferner nicht eine Prüfung durch dessen einzelne Mitglieder, sondern eine solche durch den Aufsichtsrat als Behörde. Die Prüfung wird (entsprechend dem § 193 Abs. 1 Satz 2) auch darauf zu richten sein, ob die gewährte Vergütung eine angemessene ist. Die Mitglieder des Aufsichtsrats haften hierfür gemäß § 249, nicht gemäß § 204 (KB. 14). — Ist Prüfung oder Berichterstattung nicht erfolgt, so ist der etwa ergangene Zustimmungsbeschluß (und infolgedessen auch der Nachgründungsvertrag) nicht nichtig, sondern nur anfechtbar gemäß § 271 (Staub[8]-Pinner Anm. 7 Ring Nr. 6, Esser Anm. 3, Goldmann Nr. 26).

b. **Zustimmung der Generalversammlung.** Vgl. § 205 Anm. IV a, § 250 Anm. IV c 2. Nicht vor Erteilung der Zustimmung mit der vorgeschriebenen Mehrheit wird der Vertrag wirksam (§ 207 Abs. 1, KB. 14). — Erfolgt keine Zustimmung, so wird der Vertrag nicht wirksam; das seitens der Gesellschaft auf Grund desselben Hingegebene kann zurückgefordert werden (BGB. § 813, RG. 21 IV 99 JW. 342[24]). — Will der Vorstand die Auflassung eines Grundstücks entgegennehmen, trotzdem die Generalversammlung noch nicht zugestimmt hat, so kann der Grundbuchrichter nicht im Hinblick auf den § 207 die Vertretungsmacht des Vorstands bemängeln (Ring Nr. 9, Behrend § 134 Anm. 7; dagegen Staub[7] Anm. 5, Pinner Anm. IV), auch nicht zwar die Auflassung zulassen, aber die Eintragung aussetzen (was Goldmann Nr. 25, Staub[8]-Pinner Anm. 5 annehmen); denn nur bezüglich des der Auflassung zu grund liegenden Rechtsgeschäfts ist die Vertretungsmacht des Vorstands beschränkt, und es ist nicht Aufgabe des Grundbuchrichters zu prüfen, ob aus jenem zu grund liegende Rechtsgeschäft ein Anspruch auf Auflassung sich ergibt.

c. **Minderheitsrecht.** Für die Zustimmungserklärung der Generalversammlung genügt nicht die einfache Mehrheit. Ist der Nachgründungsvertrag im ersten Jahr nach Eintragung (oder zwischen Errichtung und Eintragung) geschlossen, so muß die Mehrheit sowohl ein Viertel des gesamten wie auch drei Viertel des bei der (betreffenden) Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals darstellen; ist der Nachgründungsvertrag im zweiten Jahr nach Eintragung geschlossen, so braucht nur das zweite dieser Erfordernisse vorhanden zu sein. Im Bericht der Reichstags-Kommission (KB. 65) wurde als übereinstimmende Ansicht der Regierung und der Kommission festgestellt, daß die Fassung „bei der Beschlußfassung vertretenes Grundkapital“ (ebenso §§ 243, 275, 288, 292, 303) die Folge habe, daß „nicht abstimmende Aktionäre bei Feststellung des Abstimmungsergebnisses nicht mitzuzählen“ seien. Die neue Fassung sei gewählt, um die Zweifel, die bei der Fassung des früheren Art. 213f ADH.: „Des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals“ aufgeworfen seien, zu beseitigen (ebenso auch D. 142). Demgemäß sind diejenigen Anteile nicht mitzuzählen, bezüglich deren die Berechtigten zwar anwesend sind, aber mittels ausdrücklicher Erklärung oder

stillschweigend sich der Stimmabgabe bei der betreffenden Abstimmung enthalten (§ 275 Anm. Ib 1, OLG. Cöln 31 X 87 ZHR. 37 551), gleichgültig, ob sie nicht stimmen dürfen oder zwar stimmen dürfen, aber nicht stimmen wollen. — Enthält die Satzung Beschränkungen des Stimmrechts (§ 252 Abs. 1 Satz 2, 3), so ergibt sich die Notwendigkeit, zunächst zu ermitteln, ob überhaupt eine Mehrheit bei satzungsgemäßer Berechnung vorhanden ist (Esser Anm. 1). Dagegen kommen diese Beschränkungen nicht auch bei Ermittelung der Höhe des „bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals" in Betracht (was wohl auch Staub[8]-Pinner § 251 Anm. 4 nicht gemeint ist); denn das Stimmrecht wird für alle Grundkapitalanteile ausgeübt, auch wenn der Höchstbetrag der zulässigen Stimmen satzungsmäßig beschränkt ist.

d. **Einreichung.** Der Vorstand hat, nachdem eine Zustimmung (mit den vorgeschriebenen Mehrheiten) erfolgt ist, den Vertrag (oder öffentlich beglaubigte Abschrift), den Bericht des Aufsichtsrats und dessen urkundliche Grundlagen (vgl. § 195 Anm. If 9) zum Handelsregister des Sitzes, nicht auch einer nicht mit dem Sitz verbundenen Niederlassung (§ 207 Abs. 4 Satz 2, § 201 Anm. II) einzureichen. Dies ist nur Ordnungsvorschrift, ohne Einfluß auf die (schon vorher eingetretene) Wirksamkeit des Vertrags (Staub[8]-Pinner Anm. 8, Ring Nr. 8, Esser Anm. 5, Goldmann Nr. 19). Die Vorschrift ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§ 14). Inwieweit dem Registergericht ein Prüfungsrecht zusteht, vgl. § 12 Anm. VIb.

§ 208.

Vor Eintragung vereinbarte Nachgründung.

Erwirbt die Gesellschaft vor dem Ablaufe der im § 207 Abs. 1 bezeichneten Frist Vermögensgegenstände in Ausführung einer vor ihrer Eintragung in das Handelsregister von Gründern getroffenen Vereinbarung, so kommen in Betreff der Rechte der Gesellschaft auf Entschädigung und in Betreff der ersatzpflichtigen Personen die Vorschriften der §§ 202, 205, 206 zur Anwendung.

ADH. Art. 213f Abs. 5. **Entw. I** § 194. **Entw. II** § 206.

I. **Verhältnis des § 208 zu § 186 Abs. 2 und zu § 207.**

a. **Verhältnis zu § 186 Abs. 2.** Die Voraussetzungen des § 208 sind stets verschieden von denen des § 186 Abs. 2, so daß im Einzelfall immer nur eine von beiden Vorschriften anwendbar sein kann. Der § 186 Abs. 2 setzt voraus, daß nach Absicht der Einzelpersonen, welche den Übernahmevertrag miteinander vereinbaren, dieser Übernahmevertrag sogleich mit der Errichtung (wenn auch möglicherweise als bedingter oder befristeter) wirksam für die Gesellschaft werden soll. Die in § 208 genannte „von Gründern getroffene Vereinbarung" geht dagegen dahin, daß die Gesellschaft erst nach ihrer Errichtung erwerben (d. h. den Erwerbsvertrag abschließen, vgl. § 22 Anm. Ia 2, § 226 Anm. Ia) soll. Die D. 130 bemerkt zwar: „Ist von den Gründern eine Vereinbarung der fraglichen Art (§ 208) getroffen worden, so mußte dieselbe bei richtigem Verfahren nach Maßgabe des § 186 in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden". So wie dieser Satz lautet, ist er nicht als zutreffend anzuerkennen (vgl. RGSt. 36 73). Es handelt sich aber wohl nur um eine ungenaue Fassung des Gedankens, daß das Verfahren der Gründer, welche eine Vereinbarung der in § 208 gedachten Art und nicht vielmehr eine Vereinbarung der in § 186 gedachten Art treffen, sittlich nicht das richtige sei. Im Gegensatz zu vorstehender (früher von Pinner § 207 Anm. I geteilter) Auffassung und in Übereinstimmung mit der Denkschrift erachten auch in den Fällen des § 208 den § 186 Abs. 2 für anwendbar und mithin das Registergericht für verpflichtet, bei Vorliegen solcher Abreden von Gründern die Eintragung der ohne Beobachtung der Vorschriften des § 186 Abs. 2 errichteten Gesellschaft abzulehnen, KG. 2 VI 90 KGJ. 10 29, 6 X 02 KGJ. 25 A 86 OLGRspr. 7 152, ObLG. München 20 IV 95 HoldheimsMSchr. 96 201, Staub[8]-Pinner § 207 Einl., Ring § 207 Nr. 1, Goldmann § 207 Einl.

b. **Verhältnis zu § 207.** Die Voraussetzungen der §§ 207 und 208 können im Einzelfall gleichzeitig vorliegen, brauchen aber nicht gleichzeitig vorzuliegen. Nur § 207 ist anwendbar, wenn der Erwerb nicht in Ausführung einer vor Eintragung getroffenen Vereinbarung von Gründern erfolgt. Nur § 208 ist anwendbar, wenn (auf Grund solcher Vereinbarung) innerhalb 2 Jahren nach Eintragung Vermögensgegenstände erworben werden, welche nicht Betriebsanlagen oder unbewegliche Gegenstände sind, oder welche unbewegliche Gegenstände in den Ausnahmefällen des § 207 Abs. 5 sind, oder für welche eine Vergütung von nicht mehr als einem Zehntel des Grundkapitals gewährt wird (D. 130).

II. **Voraussetzungen des § 208.**

a. **Vermögensgegenstände.** Ebenso § 186 Abs. 2, da das dort außerdem genannte „Anlagen" keinen Gegensatz bezeichnen, vielmehr nur Beispiel sein soll (§ 186 Anm. IIIa 2). Enger § 207, wo nur Betriebsanlagen und unbewegliche Gegenstände genannt und für unbewegliche Gegenstände noch Ausnahmen in § 207 Abs. 5 vorgesehen sind (§ 207 Anm. Ib).

b. **Zeitgrenze.** Vgl. § 207 Anm. Id.

c. **„Von Gründern getroffene Vereinbarung".** Voraussetzung ist nur, daß ein Gründer bei dem Treffen der Vereinbarung beteiligt war (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 3, Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 1; der Art. 213f Abs. 5 ADH. lautete „von den Gründern"). Ob die Vereinbarung klagbar, z. B. in der etwa zu ihrer Gültigkeit erforderlichen gerichtlichen oder notariellen Form getroffen war, erscheint unerheblich. Ebenso, ob eine Umgehung der Vorschriften des § 186 beabsichtigt war oder nicht.

d. **In Ausführung.** Vgl. § 195 Abs. 2 Nr. 2.

III. **Schadensersatzpflicht.** Das Gesetz bestimmt: Wenn die Voraussetzungen des § 208 vorliegen, „so kommen in betreff der Rechte der Gesellschaft auf Entschädigung und in betreff der ersatzpflichtigen Personen die Vorschriften der §§ 202, 205, 206 zur Anwendung." Man könnte aus der Fassung schließen wollen, daß die Worte „in betreff der Rechte der Gesellschaft auf Entschädigung und in betreff der ersatzpflichtigen Personen" eine Einschränkung enthalten sollen. Indessen ist nicht erkennbar, worin eine solche sollte liegen können. Jene Worte sind daher wohl ohne besondere Bedeutung. Die §§ 202, 205, 206 beziehen sich ohnedies nur auf Ansprüche der Gesellschaft (§ 202 Anm. Ia). Nicht für anwendbar erklärt sind die Vorschriften der §§ 203, 204 über die Haftung der Ankündiger und der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat. Aber auch der § 202 ist nur teilweise anwendbar, nämlich nur § 202 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, Abs. 4 Nr. 2, soweit sie Übernahmen betreffen. Insbesondere der § 202 Abs. 1 Satz 1 ist, soweit es sich um Angaben über Vereinbarungen der in § 208 gedachten Art handelt, nicht anwendbar, weil die Gründer für nicht verpflichtet zu erachten sind, dergleichen Vereinbarungen zur Festsetzung durch die Satzung zu bringen (oben Anm. Ia). Ist dies richtig, so beschränkt sich die Anwendbarkeit des § 208 überhaupt auf den Fall böslicher Schädigung der Gesellschaft durch den fraglichen Erwerb (zust. Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 7, ähnlich auch Staub[8]-Pinner Anm. 4).

§ 209.

Nichtige Mitgliedscheine.

Aktien oder Interimsscheine, die auf einen geringeren als den nach § 180 zulässigen Betrag gestellt werden, sind nichtig. Die Ausgeber haften den Besitzern für den durch die Ausgabe verursachten Schaden als Gesammtschuldner.

Das Gleiche gilt im Falle der Ausgabe von Interimsscheinen, die auf den Inhaber lauten, sowie im Falle der Ausgabe von Aktien oder Interimsscheinen vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.

ADH. Art. 215c Abs. 1, 2. **Entw. I** § 195. **Entw. II** § 207.

I. Fälle nichtiger Mitgliedscheine.
II. Haftung der Ausgeber.
III. Gutgläubiger Erwerb.

I. **Die Fälle der Nichtigkeit.** Der § 209 hebt 3 Fälle hervor, in denen Aktien oder Interimsscheine nichtig sind. Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß auch noch in anderen Fällen derartige Urkunden nichtig sein können. Über Neuausgabe eines Mitgliedscheins vor gültiger Verlustigerklärung des bisherigen Anteilberechtigten vgl. § 219 Anm. IV d. Über Nichtigerklärung eines Erhöhungsbeschlusses in ihrer Wirkung auf die gemäß diesem Erhöhungsbeschluß in Verkehr gesetzten Mitgliedscheine vgl. § 208 Anm. IV.

a. **Aktien oder Interimsscheine, die auf einen geringeren als den nach § 180 zulässigen Betrag gestellt sind.** Jedenfalls also Aktien oder Interimsscheine unter 200 Mk.; solche unter 1000 Mk., wenn weder die erforderliche Genehmigung erteilt, noch die Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist. Daß die Nichtigkeit heilbar, ist nicht anzunehmen (unten Anm. I c).

b. **Interimsscheine auf Inhaber.** Das Verbot der Ausgabe solcher Interimsscheine findet sich in § 179 Abs. 3 Satz 2.

c. **Aktien oder Interimsscheine, die vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ausgegeben sind.** Das Verbot der Ausgabe findet sich in § 200 Abs. 2. Das Reichsgericht (RG. 10 72) nimmt an, die Nichtigkeit bestehe nur so lange, wie die Gesellschaft noch nicht in das Handelsregister eingetragen ist, und der Ausgeber hafte nur für den Schaden, der durch die verfrühte Ausgabe entstanden sei. Diese Ansicht ist jedoch nicht zu billigen, und es ist nicht anzuerkennen, daß durch die Tatsache der Eintragung eine Heilung des Mangels vorher ausgegebener Urkunden eintrete (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 10, Ring Nr. 4, Behrend § 109 Anm. 13a, Goldmann Nr. 6; a. M. Esser Anm. 3, CosackHR. § 117 I 4 f; dahingestellt RG. 18 II 96 JW. 189[11]). War die Urkunde inzwischen weiterübertragen, so würde man bei jener Ansicht in unlösbare Schwierigkeiten geraten, sowohl wenn man eine rückwirkende Kraft der Heilung annimmt, wie auch bei Verneinung der Rückwirkung. Als zulässig ist dagegen anzuerkennen eine Heilung durch Erklärung der Gesellschaft mit Zustimmung des ersten Empfängers und aller späteren Besitzer ohne Umtausch der Urkunde (ähnlich RG. 18 II 96 JW. 189[11], Behrend § 109 Anm. 13a, Staub[8]-Pinner Anm. 10, Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 6). — Mitgliedscheine, die nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ausgegeben worden, sind nicht darum nichtig, weil in Wahrheit nicht ein Viertel des Nennbetrags (§ 195 Anm. IV c) eingezahlt war (Bolze 22 Nr. 515).

d. **Aktien oder Interimsscheine, die auf das erhöhte Grundkapital vor Eintragung der erfolgten Erhöhung ausgegeben werden.** Vgl. § 287 Anm. I.

II. **Haftung der Ausgeber.**

a. **Ausgeber** ist genau genommen in allen im § 209 genannten Fällen die Gesellschaft (vgl. Reichsstempelges. §§ 2, 45 und hierzu RGSt. 11 434), denn die Einzelpersonen, welche ausgeben, handeln doch hierbei nur namens der (möglicherweise allerdings noch nicht rechtsfähigen, § 188 Anm. II b) Gesellschaft, nicht in eignem Namen. Der § 209 will indessen nicht auf eine etwaige Haftung der Gesellschaft hinweisen — welche immerhin nach allgemeinen Grundsätzen bestehen kann; indem er von „die Ausgeber" spricht, gibt er vielmehr zu erkennen, daß er mit jenem Wort die tatsächlich, wenn auch in fremdem Namen, ausgebenden Einzelpersonen bezeichnen will. Welche der beteiligten Einzelpersonen, ist indessen nicht erkennbar. Staub[8]-Pinner Anm. 3 erachtet als Ausgeber „diejenigen, welchen die Ausgabe von Aktien obliegt". Diese Begriffsbestimmung erscheint nicht zutreffend, da es auf die Handlung, nicht auf die Pflicht ankommt. Staub a. a. O., Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 10 erachten für nicht haftbar die bei der Ausgabe etwa beteiligten unselbständigen Beamten der Gesellschaft. Für eine derartige Einschränkung bietet jedoch der Wortlaut des Gesetzes keinen Anhalt (vgl. auch BGB. § 823 Abs. 2). Wäre sie beabsichtigt gewesen, so hätte es nahe gelegen, im § 209 Abs. 1 Satz 2 ebenso, wie es in den §§ 241, 314 geschehen, ausdrücklich die Mitglieder des Vorstands zu nennen. Da Grund der Haftung nicht das Rechtsgeschäft ist (denn die einzelnen Ausgeber schließen kein Rechtsgeschäft mit dem Empfänger), vielmehr der Haftungsgrund in der Tatsache der Ausgabe liegt, so wird man wohl alle diejenigen Personen für haftbar als Ausgeber anzusehen

haben, welche vorsätzlich oder fahrlässig bei der Ausgabe mitgewirkt haben. Diejenigen Personen allerdings, welchen nicht einmal eine Fahrlässigkeit bei Übertretung des Verbots vorzuwerfen ist, z. B. die Kassenboten, welche auf Anweisung ihres Vorgesetzten die Aktienurkunden überbracht haben, ohne zu wissen, daß sie derartige Aktienurkunden überbringen, sind nicht als haftbar zu erachten.

b. **Ersatzberechtigter** ist der „Besitzer". Besitzer im Sinn des § 209 ist, wer bei Unterstellung der Gültigkeit des Anteilscheins Anteilberechtigter wäre (ähnlich Staub[8]-Pinner Anm. 5; dagegen Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 11), also bei Inhaberscheinen in der Regel der Inhaber, bei Namenscheinen in der Regel der Benannte oder kraft Indossaments Berechtigte. Nach P. 1116 (vgl. auch P. 379) wurden die Worte „den Besitzern" eingeschaltet, „um auszudrücken, daß der . . . Satz . . . nicht bloß für das Verhältnis zwischen dem Ausgeber der Aktien und dem ersten Empfänger gelte, sondern daß der Ausgeber auch den späteren Erwerbern . . . verhaftet sei." Hiernach behandelt zwar § 209 Abs. 1 Satz 2 nur die Frage, ob auch der letzte Besitzer einen Schadensersatzanspruch habe, läßt jedoch unberührt und schließt nicht aus (zust. Staub[8]-Pinner Anm. 4, Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 17), daß auch andere Personen, insbesondere der erste Erwerber und die Zwischenpersonen, auf Grund allgemeiner Grundsätze Schadensersatzansprüche gegenüber den Ausgebern geltend machen können. Wollte man sich auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen und nur dem letzten Besitzer einen Ersatzanspruch zusprechen, so käme man zu der Auffassung der nichtigen Urkunde als eines den Schadensersatzanspruch verbriefenden Inhaberpapiers, wobei jedoch der Inhalt des Anspruchs mit der Person des Besitzers wechseln, und ein Teil des entstandenen Schadens unersetzt bleiben würde, z. B. die Auslagen der Zwischenbesitzer im Fall der Wandlung, oder die Einbuße desjenigen, der das Anteilrecht mit der nichtigen Urkunde weiter überträgt, nachdem beiden Teilen die Nichtigkeit der Urkunde bekannt geworden ist. — In einzelnen der Fälle zu I a—d (nicht jedoch z. B. im Fall I c, D. 141) kann auch eine Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftsgläubigern in Frage kommen; hierüber bestimmt § 241 Abs. 3 Nr. 4, Abs. 4.

c. **Der zu ersetzende Schaden.** Zu ersetzen (BGB. §§ 249 ff.) ist „der durch die Ausgabe verursachte Schaden." Falls angenommen wird, daß § 209 die Ersatzrechte nur des Besitzers regelt und die Ersatzrechte anderer Personen unberührt läßt (oben Anm. II b), so wird man unter „der" Schaden nur den dem Besitzer entstandenen zu verstehen haben. Dieser Schaden kann in dem von ihm gezahlten Kaufpreis bestehen; er ist jedenfalls unabhängig von dem Betrag, den der erste Empfänger gezahlt hat (ROH. 22 218). — Der ursprüngliche Empfänger behält gegenüber der Gesellschaft seinen — von § 209 nicht berührten — Anspruch (§ 250 Anm. II c 2) aus der Mitgliedschaft auf Aushändigung einer gültigen Urkunde. Ob er diese Urkunde seinen Nachmännern weiterzugeben hat, oder nicht, hängt davon ab, ob die (auf das Anteilrecht, nicht die Urkunde gerichteten) Veräußerungsgeschäfte bestehen bleiben oder anläßlich der Nichtigkeit der Urkunde rückgängig gemacht werden oder wegen Formmangels nichtig sind. Hiervon wird auch der Umfang des etwa entstehenden Schadens beeinflußt.

III. **Gutgläubiger Erwerb eines nichtigen Mitgliedscheins** macht den Erwerber nicht zum Anteilberechtigten (§ 219 Anm. IV d, § 222 Anm. IV a 3, § 228 Anm. I d, Hahnloser Namenaktie 89). Nichtig ist aber nicht der Mitgliedschein, der dem Erwirker des Ausschlußurteils nach rechtskräftiger Kraftloserklärung des alten Mitgliedscheins erteilt wird (§ 228 Anm. I a). — Über gutgläubigen Erwerb von Namenmitgliedscheinen kraft Indossaments vgl. § 222 Anm. IV a 3.

Zweiter Titel.

Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 210.

Rechtsfähigkeit der AG.; Handelsgesellschaft.

Die Aktiengesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht.

ADH. Art. 213, 208. **Entw. I** § 196. **Entw. II** § 208.

I. Rechtsfähigkeit.
II. Einzelne Anwendungsfälle.
III. Eigenschaft als Handelsgesellschaft.

I. **Rechtsfähigkeit der Aktiengesellschaft.**

a. **Als solche.** Diese Worte haben hier nicht die gleiche Tragweite wie in § 200 Abs. 1 Satz 1. Dort ist die Aktiengesellschaft andersartigen Gesellschaften entgegengesetzt. Hier dagegen wird durch diese Worte und durch das Wort „selbständig" der Gegensatz zwischen der Aktiengesellschaft und der Gesamtheit ihrer einzelnen Mitglieder (RG. 5 23) hervorgehoben, ebenso wie dies auch in der Überschrift zu Titel 2 geschieht. Diese Fassung weist hin auf die Gestaltung der AG. als juristische Person (§ 178 Anm. Ib).

b. **Rechtsfähigkeit.** Vgl. § 124 Anm. Ia, Lehmann Recht d. AG. 1 253. In § 210 Abs. 1 wie in § 124 ist die Aufzählung einzelner Beziehungen, in denen die Selbständigkeit hervortritt, nur als allgemeine Anerkennung der Rechtsfähigkeit zu deuten. Die aufgezählten Anwendungsfälle sind nicht erschöpfend und daher nur als Beispiele anzusehen. Die Unterschiede in der Fassung der §§ 210 Abs. 1 und 124, mit Ausnahme des zu Ia hervorgehobenen, sind sachlich bedeutungslos. Auch die oHG. kann, wie die AG., nicht nur Rechte „erwerben" und Verbindlichkeiten „eingehen", sondern Rechte und Pflichten „haben". Für die AG. ist als überflüssig das „unter ihrer Firma" nicht wiederholt, weil für diese unbestritten ist, daß sie unter ihrer Firma (§ 182 Anm. IVb 1) im Rechtsstreit auftreten (§ 124 Anm. Ic) und im Grundbuch eingetragen werden (§ 124 Anm. Ib) kann. Für die AG. ebenso wie für die oHG. besteht die Rechtsfähigkeit auch ohne daß im Einzelfall die Firma erwähnt wird (§ 17 Anm. IIIb 2, § 124 Anm. Ib). — Über ausländische Aktiengesellschaften vgl. § 6 Anm. Ib. — Religionsgesellschaften und geistliche Gesellschaften können, auch wenn sie die Form einer AG. oder GmbH. annehmen, Rechtsfähigkeit nur nach Maßgabe des Landesrechts (EGBGB. Art. 84, EGHGB. Art. 2 Abs. 1), in Preußen also nur durch Gesetz (VerfUrk. Art. 13) erlangen (KG. 27 VI 04 OLGRspr. 9 371, 20 IV 05 EntschFG. 6 48 KGJ. 30 A 130 OLGRspr. 11 393).

II. **Die einzelnen Anwendungsfälle.**

a. **Rechte und Pflichten haben.** Vgl. § 124 Anm. IIa. Über die Frage, ob eine AG. Gesellschafter einer oHG. sein kann, vgl. § 105 Anm. Ie 1. Zu den Rechten der AG. gehören alle Teile ihres Vermögens. Auch etwaige Rückgriffsansprüche gegen Mitglieder von Vorstand oder Aufsichtsrat (OLG.Dresden 10 XI 05 OLGRspr. 11 387). Die Pflicht der AG. kann auf einem Verschulden oder widerrechtlicher Schadenszufügung durch einen Vertreter der AG. beruhen (§ 125 Anm. Id, § 231 Anm. IV). Strafen können gegen eine AG. ebensowenig wie gegen eine sonstige juristische Person (ROH. 8 204, 13 290, RGSt. 5 183) verhängt werden (RGSt. 16 123), es sei denn, daß das einzelne Gesetz dies ausdrücklich vorschreibt (ROH. 21 360). Vgl. auch Reichsstempelges. § 45, wonach die auf Grund jenes Gesetzes zu verhängenden Strafen bei der AG. gegen die Vorstandsmitglieder (also gegen sie als solche,

ohne Rücksicht auf persönliches Verschulden) festzusetzen sind. — Für die Rechtsfähigkeit bildet keine Grenze der in der Satzung genannte Gegenstand des Unternehmens (vgl. RG. 49 294); die hierauf bezügliche Satzungsfeststellung hat vielmehr Bedeutung nur als Grenze für die Geschäftsführungsbefugnis der Vertreter der Gesellschaft (§ 235 Anm. II).

b. **Erwerb von Eigentum und anderen dinglichen Rechten an Grundstücken.** Vgl. § 124 Anm. II b, § 207 Abs. 5. Über die für ausländische Aktiengesellschaften bestehenden Beschränkungen vgl. § 6 Anm. I b.

c. **Klagen und verklagt werden vor Gericht.** Vgl. § 124 Anm. II c. Die AG. ist, wie jeder rechtsfähige Verein, parteifähig (CPO. § 50), aber nicht prozeßfähig (CPO. § 51). Über den allgemeinen Gerichtsstand bestimmt CPO. § 17. Im Rechtsstreit der AG. kann der einzelne Aktionär, da er nicht Partei, als Zeuge vernommen werden, als Nebenintervenient auftreten (CPO. § 66, KB. 93) und als Richter mitwirken (CPO. § 41 Nr. 1, RG. 7 311). Ebenso kann der Aktionär in einem Strafverfahren gegen Angestellte der AG. wegen Verbrechens gegen die AG. als Geschworener mitwirken (RGSt. 23 362). Für die Eidesleistung durch die Vertreter ist maßgebend CPO. §§ 473 ff. Über Zustellungen CPO. §§ 171, 208. Der gesetzliche Vertreter der AG. kann im Rechtsstreit der AG. nicht als Zeuge vernommen werden (RG. 2 400, 46 319). Auch nicht einer der mehreren Gesamtvertreter (RG. 46 319). Zwangsvollstreckung aus einem gegen die AG. ergangenen Urteil kann nur in das Gesellschaftsvermögen, nicht gegen einzelne Aktionäre (§ 178 Anm. IV) erfolgen.

d. **Gesellschaftskonkurs.** Die KO. bestimmt:

§ 207. „Über das Vermögen einer Aktiengesellschaft findet das Konkursverfahren außer dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle der Überschuldung statt.

Nach Auflösung einer Aktiengesellschaft ist die Eröffnung des Verfahrens so lange zulässig, als die Verteilung des Vermögens nicht vollzogen ist."

§ 208. „Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist außer den Konkursgläubigern jedes Mitglied des Vorstandes und jeder Liquidator berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vorstandes oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen Mitglieder oder Liquidatoren nach Maßgabe des § 105 Abs. 2, 3 zu hören."

§ 105 Abs. 2, 3. „Wird der Antrag" (eines Gläubigers) „zugelassen, so hat das Gericht den Schuldner zu hören und, sofern dieser nicht seine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung einräumt, die erforderlichen Ermittelungen anzuordnen.

Die Anhörung des Schuldners kann unterbleiben, wenn sie eine öffentliche Zustellung oder eine Zustellung im Auslande erfordert; in diesem Falle ist, soweit tunlich, ein Vertreter oder Angehöriger des Schuldners zu hören."

III. **Aktiengesellschaft als Handelsgesellschaft.** Handelsgesellschaft vgl. § 6 Anm. I a 1. Das „gilt" hat keine andere Bedeutung als „ist" haben würde (§ 6 Anm. III). Der Begriff der Handelsgesellschaft wird in dieser erweiterten Weise bestimmt, und das „gilt" soll nur andeuten, daß hier dem Begriff einer „Handelsgesellschaft" ein weiterer Sinn untergelegt wird, als nach gewöhnlichem Sprachgebrauch mit dem Wort Handelsgesellschaft zu verbinden wäre. Handelsgewerbe vgl. § 1 Anm. III. Eine Aktiengesellschaft, welche (Handwerker oder) Kleingewerbetreibender ist, unterliegt nicht den Vorschriften über Minderkaufleute (§ 6 Abs. 2), ist vielmehr Vollkaufmann und verliert hierdurch nicht die Eigenschaft als Aktiengesellschaft (vgl. § 4 Abs. 2). Da die Firma der Aktiengesellschaft eingetragen sein muß (§ 198 Anm. III a), so kann die AG. gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend machen, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei (§ 5). Das Gesetz gibt keinen Anhalt dafür, noch weiter zu gehen und etwa jedes Unternehmen einer AG. als Handelsgewerbe anzusehen (§ 5 Anm. II b; ebenso Staub^s-Pinner Anm. 13; dagegen Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 23). Mit der Einschränkung des § 5 liegt daher kein Handelsgewerbe vor, soweit §§ 1—3 nicht anwendbar sind, und auch die Tragweite des § 5 findet ihre Grenze wo das Unternehmen überhaupt kein gewerbliches (§ 5 Anm. II c 1) ist. Betreibt die AG. ein Handelsgewerbe, so entscheidet sich nach §§ 343, 344, ob das einzelne Geschäft ein

Handelsgeschäft ist. Betreibt die AG. kein Handelsgewerbe, so sind ihre Geschäfte keine Handelsgeschäfte; insoweit jedoch die AG. gegen sich gelten lassen muß, daß das etwa betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, sind die §§ 343, 344 anwendbar. Ob Beteiligung als stiller Gesellschafter bei einer nichthandelsgewerblichen AG. möglich, vgl. § 335 Anm. V a 1. Ob BGB. § 21 der Errichtung einer nicht auf einen wirtschaftlichen Zweck gerichteten AG. entgegensteht, vgl. zu BGB. § 21 (unten hinter § 319). Der Zweck der AG. kann ein gemeinnütziger sein (§ 180 Abs. 2), aber nach RG. **49** 79 immer nur ein durch vermögensrechtliche Leistungen erreichbarer.

§ 211.

Kapitaleinlagen.

Die Verpflichtung des Aktionärs zur Leistung von Kapitaleinlagen wird durch den Nennbetrag der Aktie und, falls der Ausgabepreis höher ist, durch diesen begrenzt.

ADH. Art. 219 Abs. 1. **Entw. I** § 197 Abs. 1. **Entw. II** § 209.

I. **Aktionär.**

a. **Begriff.** Als „Aktionär" ist im HGB. jeder Anteilberechtigte (§ 179 Anm. II) einer AG. bezeichnet (RG. 18 4), ohne Rücksicht darauf, ob Aktienurkunden, ob Interimsscheine, oder ob überhaupt keine Urkunden ausgegeben sind. Das Wort ist aber sogar angewendet auf die Zeit vor Errichtung der Gesellschaft, bevor also ein Anteilrecht (§ 179 Anm. II) entstanden ist; es bezeichnet dann jeden, der einen Grundkapitalanteil (§ 179 Anm. III) übernommen hat (z. B. § 186 Abs. 1, 3, § 187; wohl auch in § 189 Abs. 4 Satz 2) und ist gleichbedeutend mit der in § 182 Abs. 1 gebrauchten Redewendung: „Personen, welche Aktien übernehmen". Das Wort ist aber endlich auch angewendet auf die Zeit nach Auflösung der Gesellschaft; es bezeichnet dann jeden, der zur Zeit der Auflösung Anteilberechtigter war und, soweit Rechtsnachfolge stattgefunden hat, an Stelle des betreffenden Anteilberechtigten dessen Rechtsnachfolger (z. B. § 295 Abs. 2, § 300, § 302 Abs. 3, § 303 Abs. 3, § 306 Abs. 5). Alle diese Fälle sind im Zweifel als einbegriffen in die Bezeichnung „Aktionär" zu erachten. Wann bei Erhöhung des Grundkapitals die neuen Anteilrechte entstehen, vgl. § 278 Anm. II f 1. — In §§ 309, 311 ist das Mitglied bzw. das frühere Mitglied einer nichtigen Aktiengesellschaft als „Gesellschafter" bezeichnet. — Über den Gebrauch des Ausdrucks „Besitz von Aktien" im Sinn von Anteilberechtigung vgl. § 252 Anm. III b 1. Wie im Einzelfall die Anteilberechtigung nachzuweisen, vgl. § 252 Anm. II.

b. **Rechte gegenüber der Gesellschaft.** Die Gesamtheit der Rechte eines Aktionärs wird als dessen „Anteilrecht" bezeichnet (§ 179 Anm. II a). Nirgend im HGB. sind die einzelnen Rechte des Aktionärs in erschöpfender Weise aufgezählt; ebensowenig im BGB. die Rechte des einzelnen Vereinsmitglieds. Als Rechte des Aktionärs gegenüber der AG. kommen namentlich in Betracht (RG. **41** 99) das Recht der Mitwirkung in Generalversammlungen (insbesondere das Stimmrecht, § 252), das Recht auf Gewinnanteil während bestehender Gesellschaft (§ 213 Anm. II) und das Recht auf einen Anteil bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens nach Auflösung der Gesellschaft (§ 300). Jedes dieser grundsätzlich vorhandenen Rechte aber ist gewissen Einschränkungen unterworfen oder kann im Einzelfall solchen Einschränkungen unterworfen sein. Die vom Anteilrecht umfaßten Rechte können in Gesamtrechte (§ 250 Anm. I) und Sonderrechte (§ 250 Anm. II) eingeteilt werden; unabhängig vom Anteilrecht können auch Gläubigerrechte (§ 250 Anm. III) bestehen.

II. **Kapitaleinlage.** „Wiederkehrende Leistungen" der in § 212 erwähnten Art sind zwar nirgends im HGB. in zweifelloser Weise unter den Begriff der „Einlage" gebracht. Dennoch können sie in einer Leistung seitens des Mitglieds als solchen für den Vereinszweck, ohne gleichzeitige Rückvergütung des Werts bestehen, also eine „Einlage" (§ 105 Anm. I h) sein. Sind aber in gewissen Fällen die wiederkehrenden Leistungen des § 212 „Einlage", und sind sie andererseits, wie aus der Fassung des § 212 hervorgeht, niemals „Kapitaleinlage" im Sinn des HGB., so ergibt sich, daß die Begriffe „Einlage" und „Kapitaleinlage" nicht gleichbedeutend sind. Die

„Kapitaleinlage" ist nur als eine Art der „Einlage" aufzufassen (vgl. RG. 19 110: „besondere Art der Kapitalbeteiligung"). Und zwar ist „Kapitaleinlage" in §§ 211 ff. als gleichbedeutend anzusehen mit dem, was in §§ 178, 186 Abs. 2 als „Einlage auf das Grundkapital" und in § 289 Abs. 4 als „Einlage auf die Aktien" bezeichnet ist. Zu beachten ist jedoch, daß auch die Bezeichnung „Einlage auf das Grundkapital" eine nicht ganz genaue ist; die hiermit gemeinte Einlage umfaßt nicht nur das in Anrechnung auf den Nennwert des Grundkapitals (§ 178 Anm. II), sondern alles in Anrechnung auf den etwa höheren Ausgabebetrag (§ 184 Anm. I) zu Leistende. Die letztere Ungenauigkeit ist eine Nachwirkung des früher über den Begriff „Grundkapital" obwaltenden Mißverständnisses (§ 178 Anm. IIa). — Vergleicht man allerdings den Gebrauch des Worts „Kapitaleinlage" mit dem Gebrauch des ohne den Zusatz „auf das Grundkapital" vorkommenden Worts „Einlage" in dem Abschnitt des HGB. über die Aktiengesellschaft (§§ 187, 191 Abs. 1, 195 Abs. 3 [202, 203], 213, 241 Abs. 3 [279 Abs. 1]), so ergibt sich, daß hier überall beides gleichbedeutend ist, daß mithin hier „Einlage" in dem beschränkteren Sinn von „Einlage auf den Ausgabebetrag" gebraucht ist. In dem Abschnitt über die KAG. führt dann die Ungenauigkeit im Gebrauch der in Betracht kommenden Ausdrücke dahin, daß „Einlage" (das aus den Bestimmungen über AG. übernommen ist) in dem beschränkten Sinn von „Einlage auf den Ausgabebetrag" zu verstehen ist (§§ 321 Abs. 2, 323 Abs. 2), „Vermögenseinlage" dagegen (da es aus den Bestimmungen über KG. übernommen ist) den weiteren Sinn von „Einlage von Kapital, im Sinn des BGB." hat (§ 322 Abs. 2).

III. **Verpflichtung zur Leistung einer Kapitaleinlage.** Eine solche Pflicht besteht für jeden Aktionär (§ 178 Anm. III); er hat sich mit einer Bareinlage (§ 195 Anm. III) oder einer Nichtbareinlage (§ 186 Anm. II a, b) zu beteiligen, und er erklärt diese Beteiligung durch die Übernahme eines Grundkapitalanteils (§ 182 Anm. II). Eine Einräumung von Grundkapitalanteilen ohne entsprechende Kapitaleinlageverpflichtung ist unzulässig (§ 195 Anm. IV a 2). Die Pflicht zur Leistung der Kapitaleinlage ist gleichbedeutend mit der Pflicht zur Leistung des Ausgabebetrags (§ 184 Anm. I). Die Leistung hat zu erfolgen in bar, oder, soweit dies in einer für die AG. wirksamen Weise vereinbart, durch Hingabe nicht barer, zu bestimmtem Nennwert anzurechnender Leistungen. Die versprochene Leistung wird im Zweifel fällig erst mit der Einforderung. Der Aktionär ist im Zweifel nicht berechtigt, vor Fälligkeit zu leisten (RG. 18 5, D. 133; nicht entgegen steht BGB. § 293; vgl. BGB. § 299). Zu den Gläubigern der Gesellschaft steht der kapitaleinlagepflichtige Aktionär in keinem unmittelbaren Verhältnis (§ 178 Anm. IV), und der Inhalt seiner Verpflichtung, wie er in seinem Verhältnis zur Gesellschaft besteht, ist auch den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber maßgebend (ROH. 19 234). Soweit die Leistung der Einlage erst nach Eintragung der AG. fällig wird, besteht die Verpflichtung zur Leistung im Zweifel nur Zug um Zug gegen Aushändigung von Interimsscheinen oder Aktienurkunden (§ 179 Anm. IIa). Der Anspruch auf Leistung der Kapitaleinlage ist Teil des Gesellschaftsvermögens und als solcher Gegenstand des Angriffs der Gesellschaftsgläubiger (vgl. RG. 36 113). Über die Unzulässigkeit einer Befreiung der Aktionäre von der Verpflichtung zur Leistung der Kapitaleinlage und über die Unzulässigkeit einer Aufrechnung seitens der Aktionäre mit geschuldeten Leistungen auf die Kapitaleinlage vgl. § 221. Über die Wirkung des Konkurses des Aktionärs vgl. § 221 Anm. II.

IV. **Grenze der Verpflichtung zu Kapitaleinlagen.** Der § 211 bestimmt nur über die Grenzen der Verpflichtung zu Kapitaleinlagen. Aus ihm kann nichts darüber gefolgert werden, ob es nach öffentlichem Recht zulässig ist, dem Aktionär als solchem außer der Kapitaleinlage noch andersartige Verpflichtungen mit seiner Zustimmung aufzuerlegen (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 7); hierüber § 212 Anm. I—III. Auch darüber kann aus § 211 nichts abgeleitet werden, ob es zulässig, dem Aktionär durch Mehrheitsbeschluß ohne seine Zustimmung weitergehende Verpflichtungen als die ursprünglich von ihm übernommenen aufzuerlegen (a. M. Rudorff); hierüber § 276 Anm. V. Bei richtiger Auslegung von „Kapitaleinlage" als der „auf den Ausgabebetrag zu leistenden Einlage" (oben Anm. II) enthält der § 211 überhaupt nichts als den selbstverständlichen Satz, daß eine Verpflichtung zu einer auf den Ausgabebetrag zu leistenden Einlage durch eben diesen Ausgabebetrag begrenzt wird; der § 211 hat nur Be-

deutung für die Begriffsbestimmung von „Kapitaleinlage“. Der frühere Art. 219 Abs. 1 ADH. lautete: „Die Verpflichtung des Aktionärs, zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten beizutragen, wird durch den Nominalbetrag der Aktie, in den Fällen der Art. 209a Nr. 2, 215a Abs. 2 durch den Betrag, für welchen die Aktie ausgegeben ist, begrenzt.“ Durch die Änderung der Fassung ist — trotzdem dies nicht die Absicht des Verfassers gewesen sein mag — die Tragweite des § 211 eine viel beschränktere geworden. Der allgemeine Grundsatz, welcher in Art. 219 Abs. 1 ausgesprochen war, ist jetzt aus dem Gesetz verschwunden; inwieweit er noch künftig gilt, ist aus den allgemeinen Grundsätzen über Sonderrechte abzuleiten.

§ 212.

Wiederkehrende Leistungen des Aktionärs.

Neben den Kapitaleinlagen kann im Gesellschaftsvertrage den Aktionären die Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen auferlegt werden, sofern die Uebertragung der Antheilsrechte an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist. Die Verpflichtung und der Umfang der Leistungen müssen aus den Aktien oder Interimsscheinen zu ersehen sein.

Im Gesellschaftsvertrage können für den Fall, daß die Verpflichtung nicht oder nicht gehörig erfüllt wird, Vertragsstrafen festgesetzt werden.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Gesellschaft die Zustimmung zur Uebertragung der Antheilsrechte nur aus wichtigen Gründen verweigern darf.

ADH. — **Entw. I** § 197 Abs. 2. **Entw. II** § 210.

I. Wiederkehrende Nichtgeld-Leistungen.
II. Schranken für Ausbedingen solcher Leistungen.
III. Sonstige Leistungen nicht auf Grundkapital.
IV. Ältere Nichtgeld-Leistungspflichten.

I. Wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen (und Vertragsstrafe) der Aktionäre.

a. **Wiederkehrend.** Der Begriff „wiederkehrende Leistungen“ erscheint mehrfach im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB. §§ 197, 218, 223, 902, 1088, 1126, 1902) und in der Civilprozeßordnung (CPO. §§ 9, 258, 323). In § 212 HGB. ist nicht verlangt, daß die Wiederkehr eine regelmäßige sei. Man wird wohl auch nicht fordern dürfen, daß die Zahl der wiederkehrenden Leistungen eine unbestimmte sein (vgl. z. B. § 292 Nr. 1) oder daß die Dauer der Wiederkehr sich ebensoweit erstrecken muß wie die Dauer der Gesellschaft. In solchen Fällen wird unter Umständen kein äußeres Merkmal der Unterscheidung zwischen einer Leistung gemäß § 212 und einer Nichtbareinlage (§ 186 Anm. II) übrig bleiben, da auch letztere so vereinbart sein kann, daß sie in bestimmten Fristen zu leisten ist. Ob der eine oder der andere Fall vorliegt, kann dann lediglich aus dem Willen der Beteiligten entnommen werden; es kommt darauf an, ob vereinbart ist, daß die betreffende Leistung auf den Ausgabebetrag angerechnet werden soll (§ 211 Anm. II), oder nicht. — Im Zweifel wird die Satzung dahin auszulegen sein, daß die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen nur so lange dauern soll, wie die AG. besteht und das Unternehmen, dem die Leistung dienen soll, betreibt, so daß dann nicht etwa die erst künftig fällig werdenden Leistungen zur Masse eingefordert werden können. So im Konkurs der AG. (RG. 21 153), aber auch bei eintretender Liquidation (§ 294 Anm. IIb 3). — Ob auch einmalige Leistungen außerhalb des Ausgabebetrags (§ 184 Anm. I) auferlegt werden können, vgl. unten Anm. IIIb.

b. **Nicht in Geld bestehend.** Vgl. § 195 Anm. III, IVd.

c. **Leistung.** Dies ist der allgemeine, auch im BGB. § 241 nicht bestimmte, sondern vorausgesetzte Begriff. Kein notwendiges Merkmal einer Leistung ist, daß sie einen Vermögenswert habe (Planck[3] Vorbem. III zu BGB. Buch II). Ob bei der AG. die Mitglied-

schaftsleistung eine vermögensrechtliche sein muß, vgl. § 210 Anm. III. Unerheblich ist auch, ob die AG. eine vollwertige oder überhaupt eine Gegenleistung für die Leistung des Aktionärs zu gewähren verpflichtet ist (§ 216), ob es sich mithin um eine Austauschleistung oder um einen nicht unmittelbar zu entgeltenden Beitrag der Mitglieder handelt (RG. 21 155, 26 88). Die Leistung kann, wenn auch zweifelhaft, ob in Geld (unten Anm. IIIb), so doch in anderen Kapitalwerten bestehen (§ 211 Anm. II), wie z. B. in Hingabe von Rüben an die Zuckerfabriks-AG. oder (Wolff in Festg. f. Wilke 328) von Waren an ein in Form der AG. bestehendes Verkaufskartell. Sie kann aber auch in einer Arbeitsleistung bestehen, z. B. in der eigenen beaufsichtigenden oder sonstigen Tätigkeit in Gesellschaftsangelegenheiten (RG. 21 155). Soweit die zu bewirkenden Leistungen der einzelnen Verpflichteten verschieden in anderer Weise, als nur entsprechend dem einfachen Verhältnis der Anteilnennbeträge bestimmt sind, sind verschiedene „Aktiengattungen" als vorhanden zu erachten (§ 185 Anm. Ib 2). Ebenso auch, insoweit nur eine Verschiedenheit in den Nebenbestimmungen vorliegt, z. B. darin, ob Vertragsstrafen angedroht sind oder nicht (vgl. RG. 38 15, wo nur der Gesichtspunkt des Sonderrechts ins Auge gefaßt). — Welche Arten von Leistungen als Mitgliedschaftsleistungen nach § 212 bedungen werden dürfen, vgl. unten Anm. IIIb. Über die Unzulässigkeit von Gegenleistungen, die den Wert der Leistung übersteigen, vgl. § 216 Anm. IIIa.

d. **Vertragsstrafe.** Vgl. § 218 Anm. IVc. Eine durch Satzungsbestimmung erfolgende Festsetzung von Vertragsstrafen für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung der Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen ist in § 212 Abs. 2 ausdrücklich für zulässig erklärt. Wohl, um außer Zweifel zu stellen, daß auch eine derartige Nebenleistung oder Ersatzleistung, die doch, für sich betrachtet, keine wiederkehrende Leistung ist, gültig festgesetzt werden kann. Durch die Bezeichnung „Vertragsstrafe" sollte nicht etwa darüber entschieden werden, ob die begründende Errichtungshandlung als Vertrag aufzufassen ist (§ 188 Anm. I). Ist letzteres nicht der Fall (vgl. RG. 47 151), so kommen die von der Vertragsstrafe bei Verträgen handelnden §§ 339 ff. BGB., § 348 HGB. doch entsprechend zur Anwendung. Die Vertragsstrafe ist im Konkurs des Verpflichteten einforderbar selbst, soweit sie durch nach Konkurseröffnung liegende Unterlassungen entsteht (RG. 26 92). Über den Fall einer Verschiedenheit bei Androhung von Vertragsstrafen gegenüber verschiedenen Aktionären vgl. oben Anm. Ic. Nicht in der Androhung liegt, vielmehr aus dem Gesetz folgt (und ist deshalb nach Androhung unvermeidbar) die Verschiedenheit, daß bei Nichtkaufleuten die übermäßige Vertragsstrafe herabsetzbar ist, bei Kaufleuten nicht (KB. 69). — Zulässig ist wohl auch, die Verwirkung des Anteilrechts zu gunsten der Gesellschaft in der Satzung als Vertragsstrafe zu bedingen (CosackHR. § 117 III 8a, Staub[7] Anm. 12, Goldmann Nr. 24; dagegen Wolff in Festg. f. Wilke 342, Staub[8]-Pinner Anm. 22; abw. auch Ring Nr. 7; vgl. BGB. § 342); HGB. § 226 steht jedenfalls nicht entgegen, da der Erwerb nicht „im regelmäßigen Geschäftsbetrieb" stattfindet.

e. **Aktionäre.** Vgl. § 211 Anm. Ia. Der § 212 regelt nur die Beitragspflicht der Aktionäre als solcher; nur über die Zulässigkeit derartiger Mitgliedsbeiträge soll entschieden werden. Nicht berührt ist die Frage, ob durch einen nicht auf der Mitgliedschaft als solcher beruhenden Nebenvertrag Personen, welche Aktionäre sind, zu Beiträgen an die Gesellschaft verpflichtet werden können; hierüber vgl. unten Anm. IIIa.

II. **Schranken für das Ausbedingen wiederkehrender, nicht in Geld bestehender Leistungen der Aktionäre.**

a. **In der Satzung** muß die Verpflichtung auferlegt sein. Das heißt auch hier entweder in der ursprünglichen Satzung oder (vgl. RG. 47 183) in einem späteren Änderungsbeschluß (§ 182 Anm. I). Nach § 276 kann indessen eine solche Verpflichtung, sofern sie nicht in der ursprünglichen Satzung vorgesehen ist, nur mit Zustimmung sämtlicher von der Verpflichtung betroffenen Aktionäre neu begründet oder erschwert werden. — Die Verpflichtung muß vollständig in die Satzung aufgenommen werden; es genügt nicht (anders bei der Nichtbareinlage, § 186 Anm. VI), daß nur einzelne Hauptpunkte der übernomenen Verpflichtung in der Satzung zum Ausdruck kommen.

b. **Bindung der Übertragung der Anteilrechte an die Zustimmung der Gesellschaft.** Vgl. § 179 Anm. II c 2. Das an sich vorhandene freie Ermessen der Gesellschaft bei der Entscheidung, ob sie die Zustimmung erteilen will, kann in der Satzung (oder in anderer Weise) dahin eingeschränkt werden, daß die Gesellschaft die Zustimmung zur Übertragung der Anteilrechte nur aus wichtigen Gründen verweigern darf. Hierdurch wird z. B. bei Rübenzuckergesellschaften die Möglichkeit geschaffen, für den Fall eines Gutsübergabe- oder Auszugsvertrags (oder auch Aufhörens der Pacht des Rübenaktionärs) den Beteiligten die erforderliche Sicherheit zu gewähren, daß, falls nicht besondere Umstände entgegenstehen, auch das Aktienrecht auf den Gutserwerber übergehen wird (D. 132). Als wichtiger Grund für Versagung der Zustimmung wird namentlich in Betracht kommen die Unfähigkeit des Erwerbers, der mit dem Anteilrecht verbundenen Verpflichtung zu besonderen Leistungen zu genügen (D. 132). — Der Übergang durch Gesamtnachfolge ist nicht abhängig von Zustimmung der Gesellschaft (§ 179 Anm. II c 1). Wie der Übergang durch Gesamtnachfolge auf die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen wirkt, vgl. Wolff in Festgabe f. Wilke 338.

c. **Aufnahme der Verpflichtung und des Umfangs der Leistungen in den Mitgliedschein.** Die Fassung dieser Bestimmung weicht von der Fassung der entsprechenden Vorschrift des § 180 Abs. 3 ab. Im § 212 Abs. 1 Satz 2 heißt es schärfer „müssen", in § 180 Abs. 3 nur „sollen". Umgekehrt ist das wissentliche Unterlassen der in § 180 Abs. 3 vorgeschriebenen Ersichtlichmachung unter Strafe gestellt (§ 314 Nr. 5), dagegen das Unterlassen der in § 212 Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebenen Ersichtlichmachung nicht mit Strafe bedroht. Hiernach bleibt zweifelhaft, welche Folgen bei Unterlassen der Ersichtlichmachung im Fall des § 212 Abs. 1 Satz 2 eintreten. Jedenfalls bleibt eine solche Unterlassung ohne Folgen für die Wirksamkeit des Anteilrechts, soweit nicht Leistungen gemäß § 212 in Frage kommen; denn das Bestehen des Anteilrechts ist grundsätzlich unabhängig von dem Vorhandensein oder der Beschaffenheit des Mitgliedscheins (§ 179 Anm. II b). Man wird aber wohl ferner auch annehmen können, daß die Unterlassung nicht den Mitgliedschein als solchen nichtig macht (was Staub[7] Anm. 16, Wolff in Festg. f. Wilke 348, Hahnloser Namenaktie 88 Anm. 1 meinen), denn eine solche Bestimmung wäre unzweckmäßig, da der Dritte in der Regel nicht in der Lage wäre, die Nichtigkeit zu erkennen; auch hätte, wenn dies als Sinn der Bestimmung beabsichtigt war, es nahe gelegen, diese Art nichtiger Mitgliedscheine im Zusammenhang mit den anderen Arten nichtiger Mitgliedscheine in § 209 aufzuführen. Die Tragweite des § 212 Abs. 1 Satz 2 ist daher wohl nur als dahin gehend aufzufassen (zust. Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 20, Staub[8]-Pinner Anm. 25), daß der jedesmalige Anteilberechtigte zu Leistungen der in § 212 genannten Art nur insoweit gegenüber der Gesellschaft verpflichtet sein soll, als die Verpflichtung und deren Umfang aus seinem Mitgliedschein hervorgehen (entsprechend § 186 Abs. 4, aber zu gunsten der Gesellschaft). — Daß auch die Beschränkung der Übertragbarkeit aus dem Mitgliedschein zu ersehen sei, ist — abweichend von § 180 Abs. 4 — hier nicht gefordert.

III. **Verpflichtung von Aktionären zu Leistungen anderer Art als in §§ 211, 212 bezeichnet. Zulässig nach öffentlichem Recht?**

a. **Kraft Nebenvertrags.** Die Übernahme von Verpflichtungen anderer als in §§ 211, 212 bezeichneter Art durch Aktionäre ist auch künftig — ebenso wie nach früherem Recht (RG. **17** 15, **26** 87, **37** 140, RG. 8 VII 03 JW. 343[4] HoldheimsMSchr. 251) — unbeschränkt zulässig, soweit die Verpflichtung nicht Bestandteil der Mitgliedschaftspflicht ist, sondern auf einem Nebenvertrag beruht, mag auch in letzterem das Bestehen der Verpflichtung an die Voraussetzung der Mitgliedschaft geknüpft sein (RG. **26** 89). In denjenigen Fällen daher, in denen bisher der Rübenlieferungsvertrag als ein nicht auf der Mitgliedschaft beruhender Nebenvertrag angesehen wurde, wäre die rechtliche Lage auch nach Inkrafttreten des HGB. unverändert (unten Anm. IV); insbesondere würden die Schranken des § 212 nicht in Betracht kommen. Tatsächlich allerdings wird künftig jener Vertrag in der Regel nicht mehr als Nebenvertrag ausgelegt werden (vgl. RG. **47** 149: Milchlieferung an Genossenschaft, **47** 183: Kartoffellieferung an GmbH.), da jene bisherige Auslegung nur ein der wahren Absicht der Beteiligten nicht gerecht werdender Notbehelf war (D. 131). Ist

jedoch die Lieferungspflicht, wenngleich von den ursprünglichen Aktionären übernommen, doch in kein Abhängigkeitsverhältnis zum Anteilrecht gesetzt, so ist auch künftig ein Nebenvertrag als vorliegend anzunehmen (RG. 48 308). Ebenso, wenn eine Gegenleistung der AG. zugesagt ist, die als Entgelt für Erfüllung einer gesellschaftlichen Pflicht unzulässig wäre (§ 216 Anm. III a). Nebenverträge sind auch mit anderem Inhalt als dem eines Lieferungsvertrags denkbar. So kann z. B. eine AG., welche Versicherungsgesellschaft ist, durch Nebenvertrag ihren Aktionären die Verpflichtung auferlegen, daß sie etwaige Versicherungen nur bei der fraglichen AG. abschließen (KB. 66, wo unzutreffend diese Abrede als unter § 212 fallend angesehen wurde). Was aber das Gesetz nicht als Inhalt der Satzung zuläßt, kann nicht dadurch Gültigkeit erlangen, daß man ihm, obwohl es in die Satzung aufgenommen ist, die Hintertür des Nebenvertrags öffnet (RG. 49 80). Unerheblich ist, ob zwei besondere Urkunden („Satzung" und „Nebenvertrag") oder nur eine errichtet sind, entscheidend vielmehr nur der Inhalt der übernommenen Verpflichtung; auch die in einem sogenannten Nebenvertrag übernommenen Leistungen können als gesellschaftliche, auch die in die Satzung aufgenommenen können als nebenvertragliche ausgelegt und von dem so gewonnenen Gesichtspunkt aus auf ihre Zulässigkeit geprüft werden (RG. 24 VI/1 VII 03 JW. 344[5] HoldheimsMSchr. 249).

b. **Als Mitgliedschaftspflicht.**

1. Allgemeines. Ist nach Vorstehendem die Auferlegung von Verpflichtungen durch Nebenverträge nach wie vor an sich zulässig, so ist sehr zweifelhaft, ob anzunehmen ist, daß innerhalb der Aktiengesellschaftsform die Auferlegung von Mitgliedschaftspflichten anderer als der in §§ 211, 212 erwähnten Art fortan unbedingt unzulässig sein soll. Für eine dahingehende Absicht des Gesetzgebers spricht allerdings D. 132: „An sich widerspricht es dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht, die Beitragspflicht der Aktionäre auf andere Leistungen" (als die des § 211) „auszudehnen. Immerhin wird man in dieser Beziehung nicht weiter gehen dürfen als das Bedürfnis verlangt." Diese Äußerung in der Denkschrift ist indessen doch nicht so unzweideutig, daß sie das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung im Gesetz selbst wettmachen könnte. Legt man nur den Wortlaut des Gesetzes zu grund, so ergibt sich, daß § 211 nur über Einlagen auf den Ausgabebetrag bestimmt, und daß § 212 nur darüber bestimmt, daß, und unter welchen Beschränkungen, wiederkehrende nicht in Geld bestehende Mitgliedschaftsleistungen (und zugehörige Vertragsstrafen) auferlegt werden können. Offen bleibt hiernach im Gesetz die Frage, ob neben den Einlagen auf den Ausgabebetrag („Kapitaleinlagen", § 211 Anm. II) auch Mitgliedschaftsleistungen, die in Geld bestehen, oder die zwar nicht in Geld bestehen, aber nicht wiederkehrend sind, auferlegt werden können (dagegen Rudorff, Ring Nr. 3, 4, Goldmann Nr. 3, 4). Für die Entscheidung dieser Frage kann nicht etwa § 178 herangezogen werden, denn dort ist nur von „Einlagen auf das Grundkapital (richtiger: den Ausgabebetrag)" gesprochen, die Frage der Zulässigkeit anderer Leistungen aber, auch solcher der in § 212 erwähnten Art, überhaupt nicht berührt. Da das Gesetz im Stich läßt, kann die Frage vielmehr nur aus allgemeinen Erwägungen entschieden werden.

2. Beispiele von nach herrschender Meinung unzulässigen Mitgliedschaftsverpflichtungen. Nach früherem Recht wurde angenommen, daß Mitgliedschaftsverpflichtungen, die über die Leistung des Ausgabebetrags hinaus auf Leistung von Geld gehen oder die zwar nicht auf Geld gehen, aber nicht wiederkehrend sind (und die nunmehr in § 212 als zulässig anerkannten) mit dem Wesen der AG. nicht vereinbar sind (RG. 17 14, 19 110, 21 156, 26 89). So namentlich auch die Übernahme der Mitgliedschaftsverpflichtung, innerhalb einer Meistbegrenzung noch mit dem eigenen Vermögen zur Zahlung ungedeckt bleibender Schulden oder zur Ergänzung des sich vermindernden Gesellschaftsvermögens beizutragen (RG. 21 156, RG. 15 X 95 JW. 602[26]). Ebenso die Mitgliedschaftsverpflichtung, zu dem Preis beizutragen, den die Gesellschaft bei dem für gewisse Fälle von ihr übernommenen Rückkauf von Anteilen anderer Aktionäre zu zahlen haben würde (Bolze 12 Nr. 506). Ferner die Mitgliedschaftsverpflichtung, bei bestimmten Geschäften sich der Vermittlung der Gesellschaft zu bedienen (RG. 15 XI 99 JW. 00 18[30]) oder im Haus der Gesellschaft zu wohnen (Staub[8]-Pinner Anm. 4). Ebenso — bereits

auch nach neuem Recht — die Mitgliedschaftsverpflichtung, Mitglied eines anderen Vereins zu bleiben (RG. 49 78, 149). — Wo künftig die Grenze zu ziehen, ist zweifelhaft. Der Grundsatz, auf welchem die angeführten Urteile beruhten, ist durch § 212 an einem wichtigen Punkt durchbrochen, und auch D. 132 geht an der oben angeführten Stelle von dem umgekehrten Grundsatz aus: „An sich widerspricht es dem Wesen der AG. nicht, die Beitragspflicht der Aktionäre auf andere Leistungen auszudehnen."

3. Beispiele zulässiger Mitgliedschaftsverpflichtungen. Zulässig ist (und wurde schon nach früherem Recht erachtet) die Festsetzung einer Verpflichtung zu untergeordneten Nebenleistungen, die dem Zweck guter Bewirtschaftung des zusammengebrachten Kapitals dienen, wie z. B. zur Übernahme von gewissen Ämtern (RG. 21 155, ebenso Goldmann Nr. 5; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 5, Ring Nr. 10). Ebenso wurde schon nach früherem Recht vom Gesichtspunkt des öffentlichen Rechts nicht beanstandet die in gewissen Grenzen sich haltende Auferlegung der Wahl, entweder einmalige Zuzahlungen zu leisten oder andere Nachteile zu leiden (RG. 38 100, 41 98; vgl. § 262 Nr. 3); in welchen Fällen eine nachträgliche Auferlegung einer solchen Wahl nur mit Zustimmung aller Beteiligten erfolgen darf, vgl. § 276 Anm. V c—e. Gleichfalls schon nach früherem Recht wurde ferner als zulässig vorausgesetzt die Auferlegung der Verpflichtung, für den noch nicht eigeforderten Teil der „Kapitaleinlage" eigene Wechsel auszuhändigen (OLG. Dresden 4 XII 82 ZHR. 40 501; zweifelnd Ring Nr. 10). Ausdrücklich anerkannt ferner ist in § 218 Abs. 2 („mit Rücksicht auf etwaige Zweifel, die bei einer engen Auslegung des § 211 entstehen könnten", D. 135) die Zulässigkeit der Auferlegung einer Vertragsstrafe für den Fall, daß eine eingeforderte Einzahlung nicht rechtzeitig erfolgt. Da § 212 die Zulässigkeit einer Verpflichtung zu wiederkehrenden nicht in Geld bestehenden Leistungen anerkennt, so wird man jedenfalls zugestehen müssen, daß die Aktionäre um so mehr auch zu einmaligen nicht in Geld bestehenden Leistungen verpflichtet werden können (ebenso CosackHR. § 117 III 8 a, Staub[7] Anm. 3; dagegen Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 3, Staub[8]-Pinner Anm. 5). Unter Umständen kann aber sogar eine einmalige Geldleistung als Mitgliedschaftsleistung gültig bedungen werden. So ist z. B. die einmalige Zuzahlung, die zum Erwerb eines Vorzugsrechts für das Anteilrecht geleistet wird, eine Mitgliedschaftsleistung, auch wenn sie im Einzelfall nicht auf den Ausgabebetrag (§ 184 Anm. I) anzurechnen ist (RG. 2 II 06 JW. 182[31]). Inwieweit dem einzelnen Aktionär ohne dessen Zustimmung durch Mehrheitsbeschluß eine Verpflichtung zu Beiträgen auferlegt werden kann, vgl. § 276 Anm. V.

IV. **Ältere Verpflichtungen.** Verpflichtungen und Rechte, die unter früherem Recht begründet und nach damaligem Recht als auf Nebenvertrag beruhend anzusehen waren, sind durch das Inkrafttreten des HGB. nicht zu Mitgliedschaftsleistungen geworden (RG. 48 106, RG. 2 XI 04 HoldheimsMSchr. 05 139). Wie zu verfahren, wenn sie unter neuem Recht zu Mitgliedschaftsleistungen gemacht werden sollen, vgl. § 276 Anm. III. Eine kurz vor 1. Januar 1900 beschlossene Satzungsbestimmung, die vom 1. Januar 1900 an in Kraft treten sollte, ist nach neuem Recht zu beurteilen (RG. 48 105).

§ 213.

Vermögensrechte des Aktionärs.

Die Aktionäre können ihre Einlagen nicht zurückfordern; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Reingewinn, soweit dieser nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrage von der Vertheilung ausgeschlossen ist.

ADH. Art. 216 Abs. 2. **Entw. I** § 198. **Entw. II** § 211.

I. Ausschluß der Einlagerückforderung.
II. Anspruch auf Reingewinn.
III. Andere Ansprüche des Aktionärs.

I. **Ausschluß einer Rückforderung der Einlage durch den Aktionär.**

a. **Einlage.** Dies Wort ist in der beschränkten Bedeutung der „Einlage auf den Ausgabebetrag" = „Kapitaleinlage" gebraucht (§ 211 Anm. II). Die Frage, ob sonstige

Leistungen des Aktionärs, insbesondere solche der in § 212 erwähnten Art, zurückgefordert oder zurückgewährt werden können, ist im HGB. nicht berührt (im entsprechenden § 221 ist § 212 nicht angeführt); sie ist nach allgemeinen Gesichtspunkten zu entscheiden.

b. **Ausschluß der Rückforderung.** Daß ein einseitiges Recht auf Rückforderung der Einlage als solcher nicht besteht, ist selbstverständlich. Daß ein solches Recht auch nicht durch Vertrag oder durch die Satzung gewährt werden könne, folgt nicht aus § 213 Halbsatz 1, sondern (vgl. § 213 Anm. II a) aus § 215 Abs. 1 Halbsatz 2. Aber auch nicht unter anderen Benennungen darf im Anschluß an die Einlegung eine Herauszahlung entsprechender Vermögensteile über den in § 213 Halbs. 2 bezeichneten Betrag hinaus stattfinden (RG. 27 11). So z. B. nach herrschender Meinung (§ 182 Anm. II d 3) nicht auf Grund eines Schadensersatzanspruchs, den der Aktionär darauf stützt, daß sein Beitritt durch Verschulden der Gesellschaft herbeigeführt und schadenbringend gewesen sei. Ob als Sondervorteil (§ 186 Abs. 1) die demnächstige Rückzahlung bedungen werden kann, vgl. § 215 Anm. I.

c. **Durch Aktionäre.** Nicht ausgeschlossen durch § 213 ist die Rückforderung einer Zahlung auf Grund der Behauptung, daß der jener Zahlung zu grund liegende Beitritt als Aktionär nichtig oder anfechtbar sei (ROH. 22 197, BGB. §§ 812 ff.; vgl. jedoch RG. 54 132); indessen ist nach herrschender Meinung der Rückfordernde mit letzterer Behauptung nur in seltenen Fällen zu hören (hierüber § 182 Anm. II d).

II. **Anspruch auf Reingewinn.**

a. **Tragweite des § 213 Halbsatz 2.** Die Fassung des § 213 Halbs. 2 läßt zweifelhaft, ob darin ein Grundsatz des öffentlichen, für die Verfassung der AG. maßgebenden Rechts festgelegt, oder vielmehr der Umfang eines privaten Rechts des einzelnen Aktionärs näher bestimmt werden soll. Ersteres könnte man schließen wollen aus dem Gebrauch der Mehrzahl „die Aktionäre" (abweichend früher ADH. Art. 216), ferner aus dem Mangeln der bei Regelung des privaten Rechts unerläßlichen Unterscheidung zwischen dem Recht des Aktionärs auf Feststellung des verdienten Reingewinns und dem Recht desselben auf Zahlung des festgestellten Reingewinns. Der frühere Art. 216 ADH. und der mit ihm im wesentlichen übereinstimmende Entwurf II § 211 rückten mehr das Sonderrecht in den Vordergrund. Der Entwurf II § 211 lautete:

„Der Aktionär kann seine Einlage nicht zurückfordern; er hat, solange die Gesellschaft besteht, nur einen Anspruch auf einen verhältnismäßigen Anteil am Reingewinn, soweit dieser nach dem Gesellschaftsvertrage zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist."

Dies ist in der Reichstagskommission so geändert worden, wie der jetzige § 213 lautet; aus welchem Grund, ist aus dem Kommissionsbericht nicht ersichtlich. Wäre nun aber die Auslegung, daß nur eine Vorschrift des öffentlichen Rechts gegeben werden sollte, richtig, so würde § 213 Halbsatz 2 lediglich eine Höchstbegrenzung desjenigen geben, was während Bestehens der Gesellschaft seitens dieser an Aktionäre gezahlt werden darf; dann aber wäre sein Inhalt der gleiche wie der des § 215 Abs. 1 Halbs. 2. Auch wäre dann das Wort „Anspruch" in Halbsatz 2 ebensowenig an seinem Platz wie das Wort „fordern" in Halbsatz 1. Man wird daher dennoch zu der Annahme gedrängt, daß § 213 Halbsatz 2 ein privates Recht bestimmter Personen anerkennen wollte. Ob aber ein Recht der Gesamtheit der Aktionäre in ihrer Zusammenfassung als Generalversammlung, oder ob ein Recht des einzelnen Aktionärs, selbst im Gegensatz zu einem Generalversammlungsbeschluß, darüber ist aus § 213 nichts zu entnehmen; dies muß vielmehr — soweit nicht anderwärts das Gesetz ausdrückliche Bestimmungen enthält — aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden.

b. **Anspruch auf bilanzmäßige Feststellung des verdienten Reingewinns.**

1. Inwieweit ist dieser Anspruch ein Sonderrecht? Über die Feststellung desjenigen Betrags, der als Reingewinn (§ 261 Nr. 6) anzusehen ist, hat die Generalversammlung zu beschließen (§ 260). Hierbei ist ein bestimmtes Verfahren und ein bestimmter sachlicher Inhalt der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung einzuhalten, worüber das HGB. §§ 260 ff. Anordnung trifft und auch die Satzung Vorschriften enthalten kann. Der einzelne Aktionär hat ein Sonderrecht auf Einhaltung der hierauf bezüglichen Vorschriften des Gesetzes und der Satzung (§ 271 Abs. 1, ROH. 11 124, 14 357,

KB. 94). Beruht der Verstoß nur darauf, daß zu hohe Abschreibungen oder Rücklagen angeordnet sind, so besteht nur ein entsprechendes Minderheitsrecht einer Minderheit von einem Zwanzigstel des Grundkapitals (§ 271 Abs. 3). Der Aktionär bzw. die Minderheit darf insbesondere geltend machen, daß die Nichtfeststellung eines Reingewinns auf einem böswilligen oder willkürlichen Verfahren der Generalversammlung beruhe (ROH. 25 329, RG. 40 36, vgl. OLG. Colmar 26 X 04 OLGRspr. 10 243). Über die vorstehend bezeichneten Grenzen hinaus besteht kein Sonderrecht des Aktionärs darauf, daß der verdiente Reingewinn auch als solcher festgestellt werde (RG. 22 114). Über den Anspruch des Aktionärs, daß überhaupt eine Bilanz festgestellt wird, vgl. § 264 Anm. I.

2. Kein Sonderrecht auf gewinnbringende Betriebsart. Der zu 1 erwähnte Anspruch — soweit er besteht — geht nur auf Feststellung des tatsächlich verdienten Reingewinns. Kein Sonderrecht besteht des Inhalts, daß das Unternehmen der AG. überhaupt betrieben, und daß es in einer zur Gewinnerzielung geeigneten Weise betrieben werde (RG. 14 170). Hierüber entscheidet die Generalversammlung (vgl. § 275 Abs. 2) und in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Geschäftsführung (§§ 241, 249, Minderheitsrecht: §§ 268ff.) Vorstand und Aufsichtsrat. — Inwieweit ein Sonderrecht auf Unterlassung von Schenkungen besteht, vgl. § 250 Anm. II c 6.

3. Recht des Inhabers eines getrennten Gewinnanteilscheins. Der Inhaber eines getrennten Gewinnanteilscheins (insbesondere auch bei Nachbezugsrechten, § 185 Anm. II a hat überhaupt kein Recht gegen die AG. auf Feststellung des tatsächlich verdienten Reingewinns (ROH. 9 274, RG. 15 97) und vor Feststellung kein Recht auf Zahlung (unten Anm. II c 4). Ob der Inhaber des Gewinnanteilscheins den Aktionär zum Betreiben der Feststellung anhalten kann, hängt von dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis ab.

c. **Anspruch auf Zahlung des in der Bilanz festgestellten Reingewinns.**

1. Nur soweit durch Bilanz festgestellt. Ein Anspruch auf Zahlung kann nicht geltend gemacht werden, bevor ein endgültiger, das Vorhandensein des Reingewinns ergebender Bilanzgenehmigungsbeschluß ergangen ist, wenngleich die Vorschriften der Satzung über die Art der Ermittelung des verteilungsfähigen Gewinns bis ins einzelne genau lauten mögen, und selbst wenn die Bilanzgenehmigung zu Unrecht verschoben ist (RG. 15 99). Der Zahlungsanspruch kann auch nur insoweit geltend gemacht werden, wie er durch die tatsächlich festgestellte Bilanz begründet ist; es kann nicht etwa über jene Feststellung, als wäre sie nicht vorhanden, hinweggegangen werden mit der Behauptung, die Bilanz entspreche nicht den gesetzlichen Anforderungen (RG. 40 36). — Ob im Einzelfall eine endgültige bilanzmäßige Feststellung von Reingewinn vorliegt, oder ob etwa eine erfolgte Feststellung nicht als Feststellung eines wirklichen Reingewinns oder nur als vorläufige und bedingte Feststellung gemeint war, ist Tatfrage. Daß keine Feststellung wirklichen Reingewinns vorliege, wurde angenommen in einem Fall, in welchem die Generalversammlung gleichzeitig mit dem Beschluß, durch welchen die den Reingewinn ergebende Bilanz genehmigt wurde, einen weiteren Beschluß gefaßt hatte, keinen Gewinn zu verteilen, und der dahingehende Antrag des Vorstands damit begründet war, daß dies behufs Buchung einer Spezialreserve zum Ausgleich der zu hohen Bewertung eines Vermögensgegenstands in der Bilanz geschehen solle (RG. 4 104). Daß nur vorläufige und bedingte Feststellung vorliege, wurde angenommen in einem Fall, in welchem die Generalversammlung gleichzeitig mit dem Feststellungsbeschluß beschlossen hatte, daß eine Gewinnverteilung erst nach Durchführung eines schwebenden, in der Bilanz bereits berücksichtigten Geschäfts an einem vom Aufsichtsrat bekannt zu machenden Zeitpunkt vorzunehmen sei (RG. 11 162; vgl. auch ROH. 9 273).

2. Vor dem Gewinnverteilungsbeschluß. Nach § 260 sind zu unterscheiden der Bilanzgenehmigungsbeschluß und der Gewinnverteilungsbeschluß (§ 260 Anm. I a). Der Aktionär hat ein Mitgliedrecht (teils Gesamt-, teils Sonderrecht, oben Anm. II b) auf Feststellung des verdienten Reingewinns durch den Bilanzgenehmigungsbeschluß. Streitig ist, ob bereits auf Grund dieses Beschlusses oder erst auf Grund des folgenden Gewinn-

verteilungsbeschlusses das bisherige Mitgliedrecht in ein Gläubigerrecht übergeht. Für erstere Ansicht ROH. 9 143, Staub[7] § 260 Anm. 3; für letztere Ansicht RG. 15 100, 22 114, 37 19, Ring § 260 Nr. 3, Goldmann § 260 Nr. 6, Staub[8]-Pinner § 213 Anm. 12, § 260 Anm. 5. Der letzteren Ansicht ist beizutreten mit Rücksicht auf die Selbständigkeit des Gewinnverteilungsbeschlusses, der nicht eine rein rechnerische Folgerung zieht aus der Feststellung eines Reingewinns durch den Bilanzgenehmigungsbeschluß. Mithin ist der Anspruch des Aktionärs auf den Reingewinn auch in der Zwischenzeit zwischen Bilanzgenehmigungsbeschluß und Gewinnverteilungsbeschluß nur Mitgliedrecht. Und zwar besteht der Anspruch auch in dieser Zwischenzeit grundsätzlich nur als Gesamtrecht (§ 250 Anm. I a). Die Befugnis der Generalversammlung ist — mangels gegenteiliger Satzungsbestimmung — für den Gewinnverteilungsbeschluß nicht beschränkter als (oben Anm. II b 1) für den Bilanzgenehmigungsbeschluß (RG. 37 19). Daher darf die Generalversammlung innerhalb der Grenzen einer vorsichtigen Geschäftsführung einen Teil des Gewinns von der Verteilung ausschließen (RG. 26 I 98 HoldheimsMSchr. 143; dagegen Pinner § 271 Anm. V 2). Ebenso hat sie von der Verteilung auszuschließen was nach Gesetz oder Satzung nicht verteilbar ist (unten Anm. II d). Endlich darf sie nach Handelsgebrauch von der Verteilung ausschließen und als Gewinn auf neue Rechnung vortragen den Überschuß, der verbleibt, wenn bei Abrundung nach unten auf volle oder halbe Prozente der Gewinn verteilt wird (Staub[8]-Pinner § 262 Anm. 32). Außerhalb dieser Grenzen besteht jedoch ein Sonderrecht des Aktionärs, daß die Verteilung des nach Inhalt der Bilanz verdienten Reingewinns beschlossen werde. Dies Sonderrecht kann geltend gemacht werden durch Anfechtung eines entgegenstehenden Generalversammlungsbeschlusses; durch solche Anfechtung kann allerdings nur die Aufhebung des ergangenen Beschlusses, nicht dessen Ersetzung durch einen dem Sonderrecht entsprechenden erreicht werden (§ 271 Anm. II). Aber nach so erfolgter Beseitigung eines entgegenstehenden Generalversammlungsbeschlusses wird auch ein richterlicher Zwang zum Tun (Feststellung verteilbaren Gewinns und Zahlung des auf den Kläger entfallenden Anteils) für zulässig erachtet werden müssen (so vorausgesetzt RG. 40 34, 37; dagegen Staub[8]-Pinner § 260 Anm. 7); denn anderenfalls bestände keine Möglichkeit, die Beachtung des Sonderrechts durchzusetzen. Gibt man letzteres zu, so nähert sich in diesen Grenzen das Sonderrecht einem bereits an den Bilanzgenehmigungsbeschluß anknüpfenden Gläubigerrecht.

3. Nach dem Gewinnverteilungsbeschluß. Durch den Gewinnverteilungsbeschluß der Genenerالversammlung (ohne Rücksicht auf Bekanntmachung, RG. 22 115) wird das bisherige Mitgliedrecht des Aktionärs zu einem von der Mitgliedschaft unabhängigen Gläubigerrecht (ROH. 18 154, 19 143, 23 173, RG. 22 113, 37 64). Dies Recht kann daher nicht durch einen späteren abweichenden Beschluß der Generalversammlung wieder entzogen (RG. 37 64, vgl. 51 91), und auch nicht durch nachträglichen Beschluß des an sich etwa zuständigen Aufsichtsrats in Nebenbestimmungen (z. B. bezüglich Zahlungsort, Zahlungszeit, Währung) geändert werden (RG. 22 114). Es geht nicht verloren durch Geschäftsverluste, die nach Ablauf des Geschäftsjahrs eintreten, für welches die Gewinnverteilung beschlossen ist (ROH. 18 154). Der Anspruch kann seitens des Aktionärs im demnächstigen Konkurs der AG. als Konkursforderung geltend gemacht werden (ROH. 18 155; vgl. § 124 Anm. II d 5). — Trotz endgültigen Gewinnverteilungsbeschlusses bleibt offen die Einrede aus öffentlichem Recht (§§ 215 Halbs. 2, 261), daß dieser Beschluß ein inhaltlich unzulässiger sei, weil die Bilanz falsch aufgestellt und ein Reingewinn in Wahrheit nicht vorhanden sei (ROH. 18 156; vgl. ROH. 23 172, RG. 11 161, 32 52, 94, 37 63). Der bloße Mangel erforderlicher Barmittel zur Auszahlung des Gewinns nimmt dem festgestellten Gewinn nicht die Eigenschaft eines verteilungsfähigen (RG. 11 161: vgl. § 214 Anm. II); die Barmittel müssen durch Versilberung oder Darlehnsaufnahme beschafft werden (Simon § 3 Anm. 27).

4. Gewinnanteilschein. Sind Gewinnanteilscheine ausgegeben, so ist, nachdem der Gewinnverteilungsbeschluß der Generalversammlung ergangen, das auf ihm beruhende Gläubigerrecht auf Auszahlung des Gewinnanteils verbrieft in dem auf das betreffende

Geschäftsjahr lautenden Gewinnanteilschein. Der Gewinnanteilschein eines Inhaberpapiers, wenn auf Inhaber gestellt, ist Inhaberpapier. Daher kann von dem Inhaber eines solchen Gewinnanteilscheins das Gläubigerrecht auf den als verteilbar festgestellten Reingewinn nach den Regeln über sonstige Forderungen aus Inhaberpapieren (BGB. §§ 793 ff.; vgl. HGB. §§ 228 ff.) geltend gemacht werden. Der Gewinnanteilschein eines Orderpapiers, selbst wenn er keinen Namen nennt, ist im Zweifel (Göppert in ZHR. 55 592) nicht Inhaberpapier (was RG. 23 XI 03 JW. 04 64[27] und, wenngleich unter Leugnung der Eigenschaft als Schuldverschreibung, Staub[8]-Pinner Anm. 15 annehmen), sondern Ausweis-(Legitimations-)papier (Simon in HoldheimsMSchr. 02 219). — Gleichgültig ist, ob der Gewinnanteilschein von der Aktie vor oder nach dem Bilanzgenehmigungs- oder Gewinnverteilungsbeschluß getrennt wurde. Mit der Maßgabe jedoch, daß (wegen der aus der Urkunde hervorgehenden Abhängigkeit des Gewinnanteilscheins von der Aktie) dem Inhaber des Gewinnanteilscheins auch diejenigen Einwendungen entgegengesetzt werden, die bis zum Gewinnverteilungsbeschluß gegen den Aktionär entstanden sind (RG. 22 114; vgl. BGB. § 796). Ist die Ausfolgung von Gewinnanteilscheinen widerrechtlich verweigert, so kann auch auf Grund nur der Haupturkunde der Anspruch geltend gemacht werden (RG. 31 147). Über die Verjährung des Anspruchs aus dem Gewinnanteilschein bestimmt BGB. §§ 801 ff.; für das frühere Recht vgl. auch RG. 9 33, 24 205, KG. 17 XI 98 KGBl. 99 101, für die Übergangszeit EGBGB. Art. 175.

d. **Soweit nicht nach Gesetz oder Satzung von der Verteilung ausgeschlossen.** Ein gesetzlicher Ausschluß von der Verteilung ergibt sich aus den Vorschriften über den Reservefonds (§ 262) und über die Sperrfrist (§ 289 Abs. 3, Simon 218). Ein satzungsgemäßer Ausschluß vgl. auch § 214 Abs. 3) kann in mannigfaltiger Weise erfolgen, z. B. durch Anordnung einer Vorwegleistung an einzelne Personen, z. B. einzelne Aktionäre (§ 186 Abs. 1) oder die Inhaber bevorrechtigter Aktiengattungen (§ 185) oder Genußscheinberechtigte (RG. 49 15), durch Begründung einer Interessengemeinschaft mit einer anderen Gesellschaft in der Weise, daß der verteilungsfähige Reingewinn in gewissem Verhältnis zwischen den Aktionären der eigenen und denen der fremden Gesellschaft geteilt werden soll (KG. 30 III 05 KGJ. 29 A 223 OLGRspr. 11 31), durch Einräumung von Nachbezugsrechten (§ 185 Anm. II a), von Gewinnanteilen an den Aufsichtsrat (§ 245) oder Gesellschaftsbeamte (§ 237, § 59 Anm. III b), durch Anordnung größerer als der vom Gesetz als Mindestmaß verlangten Abschreibungen oder Rücklagen (§ 40 Anm. II e, § 262) oder der Einziehung von Anteilrechten (§ 227). Die Satzung kann auch die Verteilung des Gewinns ganz ausschließen und z. B. dessen Verwendung zu gemeinnützigen Zwecken anordnen. Eine Satzungsbestimmung des Inhalts, daß über die Feststellung des Reingewinns die Generalversammlung zu beschließen habe, enthält im Zweifel nicht nur eine Verweisung auf den gesetzlichen (oben Anm. II b 1) Umfang des Rechts der Generalversammlung, sondern darüber hinaus die Beilegung des Rechts, einen vorhandenen Reingewinn willkürlich von der Verteilung auszuschließen (Simon § 3 Anm. 14, Goldmann Nr. 12; dagegen Ring Nr. 3). — Eine Änderung bestehender Vorschriften der Satzung oder die Einfügung neuer Vorschriften in die Satzung (§ 182 Anm. I) unterliegt, auch soweit hierdurch die Grundsätze über Verteilung des Reingewinns geändert werden, nur den allgemeinen Bestimmungen der §§ 274 ff. Für die Verteilung des letztjährigen Gewinns sind nur diejenigen Änderungen maßgebend, die vor Feststellung des Reingewinns (oben Anm. II c 2) eingetragen sind (§ 277 Abs. 3).

III. **Andere Ansprüche.** Vgl. § 211 Anm. I b. Das „nur" in § 213 Halbs. 2 gehört nicht, wie es nach der Fassung scheinen könnte, zu „Anspruch", sondern zu „Reingewinn". Es sollte nicht ausgedrückt werden, daß während Bestehens der Gesellschaft der Aktionär keine anderen Ansprüche als den Anspruch auf Reingewinn haben könne — was offensichtlich falsch wäre (vgl. z. B. § 215 Abs. 2, § 216, § 282) —, sondern nur, daß er als hauptsächliche Gegenleistung für die Einlage nicht Teile des eingezahlten Kapitals, sondern nur die Erträge des letzteren fordern könne. Aber selbst in dieser Begrenzung ist der Ausspruch noch ungenau. So kann z. B. dem Aktionär als Entgelt für die Einlage außer dem Anspruch auf Reingewinn auch das Recht auf Mitbenutzung von Gesellschaftsgegenständen zustehen (§ 250 Anm. II d 2).

§ 214.

Höhe der Gewinnanteile.

Die Antheile am Gewinne bestimmen sich nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge.

Sind die Einzahlungen nicht auf alle Aktien in demselben Verhältnisse geleistet, so erhalten die Aktionäre aus dem vertheilbaren Gewinne vorweg einen Betrag von vier vom Hundert der geleisteten Einzahlungen; reicht der Jahresgewinn hierzu nicht aus, so bestimmt sich der Betrag nach einem entsprechend niedrigeren Satze. Einzahlungen, die im Laufe des Geschäftsjahrs zu leisten waren, werden nach dem Verhältnisse der Zeit berücksichtigt, welche seit dem für die Leistung bestimmten Zeitpunkte verstrichen ist.

Im Gesellschaftsvertrage kann eine andere Art der Gewinnvertheilung vorgesehen werden.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** § 212.

I. **Leistung der Einzahlung.**

a. **„Einzahlung auf Aktien."** Unter „Einzahlung" ist in § 214 nicht nur die Leistung einer Bareinlage, sondern auch diejenige einer Nichtbareinlage mitbegriffen. Unter „Einzahlung auf Aktien" sind hier nur die in Anrechnung auf den Nennbetrag des Grundkapitalanteils bewirkten Leistungen zu verstehen, nicht auch das zur Deckung eines etwaigen Hinüberragens des Ausgabebetrags über den Nennbetrag geleistete Aufgeld. So sowohl bei Vergleichung des Verhältnisses der einzelnen Leistungen zueinander, wie auch bei Ausscheidung der vier vom Hundert der geleisteten „Einzahlungen".

b. **Leistung.** Zweifelhaft ist, ob in § 214 Abs. 2 Satz 1 wirklich „sind geleistet" oder vielmehr „sind zu leisten" gemeint ist (für ersteres Staub[s]-Pinner Anm. 2, für letzteres Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 5). Bei ersterer Auslegung ist § 214 anwendbar auch auf den Fall, daß ein einzelner Aktionär trotz Einforderung nicht eingebracht hat, bei letzterer Auslegung nur auf den Fall, daß in verschiedener Höhe eingefordert ist. Für letztere Auslegung scheint § 214 Satz 2 zu sprechen; indessen ist er auch mit ersterer Auslegung verträglich (unten Anm. IV b). Für erstere Auslegung spricht die Erwähnung der „Erstattung geleisteter Einzahlungen" in dem entsprechenden § 300 Abs. 3, die Erwähnung von 4 % des „eingezahlten Grundkapitals" in § 245 Abs. 1 und die Bemerkung der Denkschrift 134, daß die Regelung in § 214 in Anlehnung an § 121 erfolgt sei. Da innere Gründe nicht zwingend für eine der beiden Ansichten sprechen, wird man sich an den Wortlaut halten müssen, der für die erstere Auslegung entscheidet.

II. **„Verteilbarer Gewinn"** ist der festgestellte (§ 213 Anm. II c 2) Reingewinn (§ 261 Anm. XII b), soweit er nicht nach Gesetz oder Satzung von der Verteilung ausgeschlossen ist (§ 213 Anm. II d), aber unabhängig davon, ob entsprechende Barmittel vorhanden sind (§ 213 Anm. II c 2). „Jahresgewinn" vgl. unten Anm. IV a.

III. **Gewinnteilung, falls Einbringungen in gleichem Verhältnis bewirkt.** Unerheblich ist, ob eine Vollzahlung der Anteile stattgefunden hat, oder nicht. Wie die Verteilung des verteilbaren Gewinns (oben Anm. II) unter die einzelnen Aktionäre zu erfolgen hat, richtet sich in erster Reihe nach dem Inhalt der Satzung (§ 214 Abs. 3, § 213 Anm. II d). Soweit die Satzung nichts bestimmt, erfolgt die Verteilung nach dem Verhältnis des Betrags der Grundkapitalanteile (§ 214 Abs. 1, § 179 Anm. III a).

IV. **Gewinnteilung, falls Einbringungen in verschiedenem Verhältnis bewirkt.**

a. **Allgemeines.** Wie die Verteilung des verteilbaren Gewinns (oben Anm. II) zu erfolgen hat, richtet sich auch hier in erster Reihe nach dem Inhalt der Satzung (§ 214 Abs. 3, § 213 Anm. II d). Soweit sie nichts bestimmt, erhalten die Aktionäre aus dem verteilbaren Gewinn, soweit er ausreicht, zunächst vier vom Hundert (§ 121 Anm. I) der geleisteten Ein-

zahlungen (oben Anm. I). Durch diese neue Bestimmung des Gesetzes sollte eine früher offene Frage entschieden werden auf der Grundlage, daß im wesentlichen der Betrag der Grundkapitalanteile maßgebend ist, aber doch innerhalb gewisser Grenzen ein verschiedenes Verhältnis der Einbringungen Berücksichtigung findet (D. 133; vgl. § 300 Abs. 3). „Jahresgewinn" hat hier eine andere Bedeutung als in § 121 (vgl. § 120 Anm. Ic), nämlich nur die beschränkte Bedeutung des „verteilbaren Gewinns" (oben Anm. II) des letzten Jahrs (vgl. § 237, § 245 Abs. 1).

b. **Insbesondere, wenn Einbringungen im Lauf des Geschäftsjahrs zu bewirken waren.** Auch in Satz 2 des § 214 Abs. 2 ist vorausgesetzt, daß noch vor Ablauf des Geschäftsjahrs (§ 39 Anm. III, § 120 Anm. Ia) die Einbringung bewirkt ist. Nur unter dieser Voraussetzung soll es nach § 214 Abs. 2 Satz 2 für die Gewinnverteilung gleichgültig sein, wann die Einbringung erfolgt ist, und nur der Zeitpunkt ihrer Fälligkeit maßgebend sein. Aus einer Einbringung vor Fälligkeit könnte der Aktionär ohnehin keinen Anspruch herleiten (§ 211 Anm. III); die in der Gleichstellung des nach Fälligkeit einbringenden Aktionärs mit den nicht säumigen Aktionären liegende Bevorzugung des ersteren wird ausgeglichen durch seine Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen (§ 218 Abs. 1).

§ 215.

Verteilung des Reingewinns, Zinsen.

Zinsen von bestimmter Höhe dürfen für die Aktionäre weder bedungen noch ausbezahlt werden; es darf nur dasjenige unter sie vertheilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz als Reingewinn ergiebt.

Für den Zeitraum, welchen die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebs erfordert, können den Aktionären Zinsen von bestimmter Höhe bedungen werden; der Gesellschaftsvertrag muß den Zeitpunkt bezeichnen, in welchem die Entrichtung von Zinsen spätestens aufhört.

ADH. Art. 217. **Entw. I** § 199. **Entw. II** § 213.

I. **Verhältnis des § 215 zu § 213.** Der § 213 bestimmt, wenn auch in sehr ungenauer Weise, über das Recht auf Gewinnverteilung, das den Aktionären — dahingestellt, ob als Sonderrecht, Minderheitsrecht oder Mehrheitsrecht — gegenüber der Gesellschaft zusteht (§ 213 Anm. IIa). Der § 215 enthält eine Vorschrift öffentlichen Rechts. Er verbietet die Vereinbarung der Zinszahlung und die tatsächliche Zahlung über eine bestimmte Grenze hinaus. Diese Grenze kann nicht im Sinn einer erweiterten Zahlungsmöglichkeit hinausgerückt werden, weder durch Satzungsbestimmung, noch durch Beschluß der Generalversammlung. Die tatsächliche Überschreitung verpflichtet den nicht gutgläubigen Aktionär zur Rückzahlung (§ 217) und macht die schuldigen Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats schadensersatzpflichtig (§§ 241, 249). Dagegen ist eine Hereinrückung der Grenze im Sinn einer verringerten Zahlungsmöglichkeit zulässig. — Der § 215 ist aber einschränkend dahin auszulegen, daß er Zinsverteilung und Rückzahlung nur an Aktionäre als solche, d. h. in ihrer Eigenschaft als Anteilberechtigte, verbietet. Zulässig ist dagegen die Übernahme einer Zinsenverpflichtung oder Dividendengarantie seitens der AG. gegenüber einem Dritten durch besonderen lästigen Vertrag (z. B. bei Verkauf eigener Aktien der AG.), auch wenn der Dritte ein Aktionär ist (Rehm in ZHR. 55 460; dagegen ROH. 17 388; vgl. auch § 182 Anm. IId 3). Ebenso die Einräumung eines Sondervorteils (§ 186 Abs. 1) auf eine einmalige Zahlung in Höhe des Eingelegten (§ 186 Anm. Ia 4). Unter welchen Umständen die Wirksamkeit derartiger Sonderverträge von Beobachtung besonderer Förmlichkeiten abhängt, vgl. § 186 Anm. I.

II. **Verbot fester Zinsen.**

a. **Regel (§ 215 Abs. 1 Halbs. 1).** Verboten ist sowohl das Bedingen fester Zinsen wie

deren Auszahlung. Eine gegen das Verbot verstoßende Vereinbarung ist nichtig (BGB. § 134). Es hätte heißen sollen: „können nicht bedungen und dürfen nicht ausbezahlt werden" (vgl. Planck[3] Einl. IV 4 b); entsprechend steht richtig „können" und „muß" in Abs. 2. Die Auszahlung, da sie in einem durch bloße Nichtigkeit nicht rückgängig zu machenden Tun besteht, ist nicht nichtig; sondern die Übertretung des Auszahlungsverbots hat nur andere Folgen (oben Anm. I). Das Verbot sowohl des Bedingens wie des Auszahlens fester Zinsen ist aber überhaupt einschränkend auszulegen; es hat keinen selbständigen Zweck, ist vielmehr durchaus untergeordnet dem Verbot, mehr als den Reingewinn zu verteilen oder (was im HGB. nicht ausgesprochen, aber aus BGB. § 134 folgt) eine solche den Reingewinn übersteigende Verteilung zu bedingen. Unter „Zinsen von bestimmter Höhe" sind daher nur zu verstehen Zahlungen, die zu leisten sind selbst soweit kein verteilbarer Reingewinn (§ 214 Anm. II) erzielt ist. Sobald daher die Pflicht zur Zinszahlung überhaupt nur mit der Maßgabe vereinbart wird, daß sie nicht eintreten solle soweit kein Reingewinn vorhanden, ist die Vereinbarung wirksam. So z. B. eine mit dieser Maßgabe erfolgte Vereinbarung eines Sondervorteils zu gunsten einzelner Aktionäre (§ 186 Abs. 1), so die Zusage fester, vorweg aus dem Reingewinn zu entnehmender Bezüge und eventuell Nachbezüge an eine bevorrechtigte Aktiengattung (§ 185 Anm. II a), so die Vorwegverzinsung — soweit der Reingewinn reicht — der auf den Ausgabebetrag geleisteten Einlagen (§ 214 Abs. 2). — Über Dividendenergänzungsfonds vgl. unten Anm. III d.

b. **Ausnahme: Bauzinsen (§ 215 Abs. 2).** Zinsen von bestimmter Höhe, also ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines verteilbaren Reingewinns, können nur unter den Voraussetzungen des § 215 Abs. 2 bedungen werden. Wie bedungen, so auch bezahlt. Das fehlende „bezahlt" in § 215 Abs. 2 ist so selbstverständlich wie das fehlende „bedungen" in § 215 Abs. 1 Halbs. 2.

1. Voraussetzungen für die Zulässigkeit. Aus § 215 Abs. 2 sind zwei Erfordernisse für die Zulässigkeit der Zinszahlung zu entnehmen:
   α. Ein Formerfordernis: der Zeitpunkt, in welchem die Entrichtung von Zinsen spätestens aufhört, muß in der Satzung angegeben sein. Unter Zeitpunkt ist hier ein durch Bezugnahme auf den Kalender bestimmter zu verstehen (Plenum ROH. 22 12, ROH. 22 22, M. 225). Beim Mangel einer derartigen kalendermäßigen Bestimmtheit ist das Versprechen unwirksam (Plenum ROH. 22 18).
   β. Ein sachliches Erfordernis: Zinsen dürfen nur gezahlt werden für die Zeit, welche liegt sowohl vor Anfang des vollen Betriebs wie auch außerdem vor dem in der Satzung angegebenen, kalendermäßig bestimmten Zeitpunkt. Sobald nur eins von beiden eingetreten ist, der Anfang des vollen Betriebs oder die Erreichung des in der Satzung bestimmten Zeitpunkts, endet der Zeitraum, für welchen Zinsen gezahlt werden dürfen (Plenum ROH. 22 16).
2. Ist der Bauzinsanspruch ein Gläubigerrecht? Die Einräumung fester Zinsen durch Satzungsbestimmung steht einer Feststellung des Reingewinns gleich, nicht der Zusicherung eines Anspruchs auf Feststellung. Auf den Anspruch des Aktionärs auf feste Zinsen sind daher die Regeln über den Anspruch auf Zahlung des festgestellten Reingewinns (§ 213 Anm. II c) entsprechend anzuwenden. Hieraus folgt insbesondere, daß der Anspruch ein Gläubigerrecht (ebenso herrschende Meinung; dagegen Lehmann ArchBürgR. 9 388) des einzelnen Aktionärs ist, das ihm nicht durch spätere Änderung der Satzung oder sonstige Generalversammlungsbeschlüsse entzogen werden kann (Plenum ROH. 22 20).
3. Satzungsänderungen. Eine Änderung der ursprünglichen Satzung dahin, daß der kalendermäßig bestimmte Zeitpunkt hinausgeschoben wird, ist nach öffentlichem Recht nicht zulässig, weil, wenn gleichzeitig die AG. den Beginn des vollen Betriebs verzögert, den Gläubigern der Gesellschaft auf diesem Weg ein Teil des ihnen haftenden Gesellschaftsvermögens zu gunsten der Aktionäre entzogen werden könnte, ohne daß sie dies bei der früheren Gewährung eines Zahlungsziels voraussehen konnten (ebenso Ring Nr. 5, Staub[8]-Pinner Anm. 7, Goldmann Nr. 16; dagegen Behrend § 133 Anm. 26, Esser Anm. 6). Aus gleichem Grund kann Zulässigkeit einer Gewährung von Bauzinsen nicht durch

Satzungsänderung eingeführt werden, wenn die ursprüngliche Satzung keine derartige Bestimmung enthielt (OLG. München 4 VII 90 ZHR. 40 475); insbesondere auch nicht gelegentlich einer Grundkapitalserhöhung (RG. 19 II 00 RGZ. 20 A 43 OLGRspr. 1 359 EisenbahnrechtlEntsch. 17 156; ebenso Staub⁸-Pinner Anm. 8; dagegen Keyßner ZHR. 51 239, Wolff ZHR. 57 331).

4. Einstellung in Bilanz. — Über die Art, wie die Bauzinsen in die Bilanz einzustellen, vgl. § 261 Anm. V b.

III. **Verbot, mehr als den Reingewinn zu verteilen (§ 215 Abs. 1 Halbs. 2).**

a. „**Nur** dasjenige . . . was sich als Reingewinn ergibt." Vgl. § 213 Anm. III. Hiermit ist der Grundsatz der Bindung des Grundvermögens (§ 178 Anm. II a) festgelegt (D. 133). Nach dieser Richtung wird der § 215 ergänzt durch § 221, welcher die Befreiung von rückständigen „Kapitaleinlagen" und Aufrechnung mit solchen verbietet (vgl. auch § 289 Abs. 4), durch § 213, welcher ein weitergehendes Forderungsrecht des Aktionärs ausschließt, durch § 217, welcher den nicht gutgläubigen Aktionär für haftbar für die Gesellschaftsverbindlichkeiten in Höhe der gesetzwidrig empfangenen Zahlungen erklärt, durch § 241 Abs. 3 Nr. 1, 5, § 249 Abs. 3, welche die Haftung der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat im Fall unzulässiger Verteilung von Gesellschaftsvermögen näher bestimmen. Die Begrenzungen jener Regel der Bindung des eingelegten Kapitals sind näher geregelt in §§ 215 Abs. 2 (Bauzinsen), 216 (Vergütung für wiederkehrende Leistungen), 226 (Erwerb eigener Mitgliedscheine durch die AG.), 227 Abs. 2 (Einziehung), 288 ff. (Herabsetzung des Grundkapitals). Bei der AG. ist die tatsächliche Rückgewähr unerlaubt; für die KG. ist die Frage abweichend geregelt (§ 172 Anm. III a; dagegen nach früherem Recht RG. 27 11). Eine unerlaubte Rückgewähr liegt auch in einer nachträglichen, zwischen Aktionär und AG. vereinbarten, dem eingelegten Betrag die Eigenschaft der Einlage entziehenden Verfügung, z. B. in der Abrede, daß die AG. die gezahlte Einlage als Geschenk behalten solle, so daß das durch Zahlung bereits erloschene Recht auf Einforderung wiederauflebe (RG. 27 12).

b. **Reingewinn.** Die Fassung des § 125 Abs. 1 Halbsatz 2 könnte zu der Annahme verleiten, daß die dort gegebene Höchstbegrenzung für die Verteilung die einzige sei. Dies wäre jedoch unzutreffend (ebenso Esser Anm. 1). Vielmehr ist die fernere Begrenzung hinzuzudenken: „soweit dieser (Reingewinn) nicht nach dem Gesetz von der Verteilung ausgeschlossen ist". Gesetzlich ausgeschlossen ist die Verteilung namentlich, soweit ein Beitrag zum Zwangsreservefonds geleistet werden muß. — Auch durch Satzung kann die Verteilung von Reingewinn noch weiter eingeschränkt sein (§ 213 Anm. II d); doch ist dies in § 215 nicht berücksichtigt, weil (oben Anm. I) § 215 überhaupt nur eine Regel des öffentlichen Rechts geben will; auch sind die Folgen der Überschreitung eines satzungsmäßigen Verbots nicht in vollem Umfang die gleichen wie diejenigen der Überschreitung eines gesetzlichen Verbots (vgl. z. B. § 217 Anm. I b).

c. „**Was sich** als Reingewinn **ergibt.**" (Entsprechend § 240.) Da nur dasjenige verteilt werden darf, was sich als Reingewinn nach der Bilanz ergibt, so folgt, daß die Feststellung der Bilanz, mithin (§ 261 Nr. 6) auch des Gewinns (§ 213 Anm. II c 2) bereits geschehen sein muß, bevor die Verteilung erfolgen darf. Hiernach sind Abschlagsverteilungen auf erhofften Gewinn unzulässig (P. 1044). Selbst der so festgestellte Reingewinn darf nicht verteilt werden, insoweit diese Feststellung auf einer nach öffentlichem Recht falschen Aufstellung der Bilanz beruht (§ 213 Anm. II c 3).

d. **Nach der jährlichen Bilanz.** (Ebenso § 227 Abs. 2.) Dies ist nicht etwa dahin zu verstehen, daß der in dem betreffenden Jahr erzielte Gewinn, ohne Rücksicht auf frühere Verluste, verteilbar wäre (vgl. wegen des in § 214 gebrauchten Ausdrucks „Jahresgewinn" § 214 Anm. IV a), sondern dahin, daß nur der Inhalt der ordentlichen, für den Schluß des Geschäftsjahrs aufzustellenden Bilanz (§ 260 Abs. 1: „Jahresbilanz"), nicht der Inhalt einer etwaigen Zwischenbilanz, maßgebend sein soll. — Umgekehrt ist eine Verteilung zulässig, wenn das letzte Jahr keinen Gewinn gebracht hat, aber in früheren Jahren die Nichtverteilung des damaligen verteilbaren Reingewinns (oben Anm. III b) beschlossen, und inso-

weit die damalige Rücklage nicht durch spätere, vor dem nunmehrigen Verteilungsbeschluß eingetretene Verluste aufgezehrt worden ist (P. 313). So insbesondere im Fall der in früheren Jahren erfolgten Schaffung eines besonderen „Dividendenergänzungsfonds"; so auch bei Vorschreibung eines nicht verteilten Reingewinnrestes auf besonderes Reservekonto (§ 262 Anm. III) oder neues Gewinnkonto (§ 261 Anm. XII a, § 262 Anm. I b). Über die Zulässigkeit einer derartigen Zurückbehaltung von erzieltem Gewinn vgl. § 213 Anm. II c, d. — Da nur die für den Schluß des Geschäftsjahrs aufzustellende Bilanz gemeint ist, das Geschäftsjahr (insbesondere das erste) aber kürzer als ein Kalenderjahr sein kann, so kann auch ein in der Bilanz eines solchen kürzeren Geschäftsjahrs festgestellter Gewinn verteilt werden (§ 260 Anm. II a).

IV. **Gewähr eines Dritten für bestimmte Höhe verteilbaren Gewinns** (Dividendengarantie). Der § 215 betrifft nur Zusagen der Aktiengesellschaft und Verteilungen aus dem Gesellschaftsvermögen. Er berührt nicht die Zulässigkeit von Zusagen Dritter oder Verteilungen aus dem Vermögen Dritter. Auch nicht, wenn die Gewähr unter der Bezeichnung einer Gewähr für bestimmte „Verzinsung" übernommen ist (P. 1043, ROH. 10 307). Je nach dem Einzelfall kann das Gewährversprechen einen verschiedenen Inhalt haben. In der Regel verspricht der Dritte nur der Gesellschaft bedingt einen Zuschuß, selten unmittelbar den Aktionären (ROH. 22 226). Ist das Versprechen gegenüber der Gesellschaft erfolgt, so kann die Absicht dahin gehen, daß die einzelnen Aktionäre unmittelbar das Recht erwerben sollen, die Leistung zu fordern (BGB. § 328); doch ist dies im Zweifel nicht anzunehmen, da die Stellung des Dritten erschwert wird, wenn er viele Teilleistungen zu bewirken und die Berechtigung der einzelnen Aktionäre zu prüfen hat (vgl. auch BGB. § 399). Denkbar ist auch eine Regelung dahin, daß der Dritte den Zuschuß zwar nur an die Gesellschaft zu zahlen verpflichtet ist, das Gezahlte jedoch nicht in das Gesellschaftsvermögen übergeht, sondern von der Gesellschaft für die zum Empfang berechtigten einzelnen Aktionäre getrennt verwaltet und unter sie verteilt wird. Die letztere Regelung schwebte anscheinend der Reichstagskommission vor, wenn dort ohne Widerspruch bemerkt wurde, die Gesellschaft sei nur Empfängerin für die einzelnen Aktionäre, so daß letztere auch im Konkursfall nicht geschädigt würden (KB. 58). — Von dem vorstehend erörterten Fall der Gewinnanteilsgewähr (Dividendengarantie), bei welchem der Dritte verspricht, den zur Ermöglichung einer bestimmten Höhe der Gewinnverteilung erforderlichen Betrag zuzuschießen, ist zu unterscheiden der Fall der Ertragsgewähr (Rentabilitätsgarantie), bei welchem der Dritte verspricht, den zur Erreichung einer bestimmten Höhe des Reingewinns erforderlichen Betrag zu zahlen (RG. 24 XI 02 OLGRspr. 6 29). In letzterem Fall hat der Dritte nicht nur den für die Gewinnverteilung, sondern außerdem auch den zur Deckung des in der Bilanz erscheinenden Fehlbetrags erforderlichen Betrag zu zahlen (Simon 283), und die Gesellschaft ist an sich weder gegenüber dem Zahlenden noch gegenüber den Aktionären verpflichtet, den so gezahlten Betrag zur Gewinnverteilung zu verwenden (PrOVG. 12 III 04 JHR. 56 252). — Über die Zulässigkeit der Schaffung von Klein-Anteilrechten im Fall der Gewährleistung durch deutsche öffentliche Körperschaften vgl. § 180 Anm. II a 2. — In welchen Fällen ein Teil des Zuschusses des Dritten zum Reservefonds abzuführen ist, vgl. § 262 Anm. II a 1.

§ 216.

Vergütung für wiederkehrende Leistungen.

Für wiederkehrende Leistungen, zu denen die Aktionäre nach dem Gesellschaftsvertrage neben den Kapitaleinlagen verpflichtet sind, darf eine den Werth der Leistungen nicht übersteigende Vergütung ohne Rücksicht darauf bezahlt werden, ob die jährliche Bilanz einen Reingewinn ergiebt.

ADH. — **Entw. I** § 200. **Entw. II** § 214.

I. **Wiederkehrende Leistungen der Aktionäre.** Vgl. § 212 Anm. I.

II. **Ohne Rücksicht darauf, ob die jährliche Bilanz einen Reingewinn ergibt.** Vgl. § 215 Anm. III.

III. **Den Wert der Leistungen nicht übersteigende Vergütung.**

a. **Unzulässigkeit einer jenen Wert übersteigenden Vergütung.** Soweit die Vergütung den Wert der Leistung übersteigen würde, läge eine unzulässige Verteilung von mehr als dem verteilbaren Reingewinn (§ 215 Anm. III b) vor (D. 142, §§ 217 Anm. I a, 241 Anm. III c 5, 249). Da dies nach öffentlichem Recht unzulässig, so kann etwas Entgegenstehendes auch nicht durch Vereinbarung der Gesellschaft mit dem Aktionär, durch Satzungsbestimmung oder durch Beschluß der Generalversammlung oder einer anderen Gesellschaftsbehörde bestimmt werden. Eine Leistung gegen ziffermäßig bestimmte Mindestgegenleistung kann daher als gesellschaftliche nicht übernommen werden (RG. 48 105, RG. 8 VII 03 JW. 342[4]). Ebensowenig eine sonstige, möglicherweise den in der Jahresbilanz erscheinenden Reingewinn der AG. übersteigende Gegenleistung (vgl. RG. 1 VII 03 JW. 343[5]). Doch kann eine solche Gegenleistung als Recht eines Aktionärs für seine Person, nicht als an sein Anteilrecht geknüpft, unter Beobachtung der Vorschriften des § 186 Abs. 1 gewährt werden. — Nach öffentlichem Recht zulässig ist die Zusicherung einer den Wert der Leistung übersteigenden Vergütung unter der Beschränkung, daß Zahlung nur bis zur Höhe des Reingewinns erfolgen darf. Durch die Satzung darf dies angeordnet werden (§ 213 Anm. II d). Ob, wenn keine solche Satzungsanordnung erfolgt ist, ein (verzichtbares) Sonderrecht der einzelnen Aktionäre entgegensteht, vgl. § 213 Anm. II b.

b. **Verfahren bei Feststellung der Vergütung.** Übersteigt die Vergütung nicht den Wert der Leistung, so ist im übrigen unerheblich, in welcher Weise die Höhe der Vergütung bestimmt wird. So kann z. B. in der Satzung die Generalversammlung, der Vorstand oder der Aufsichtsrat ermächtigt werden, den für die Berechnung der Vergütung maßgebenden Einheitspreis (z. B. den Rübenpreis) innerhalb eines bestimmten Mindest- und Höchstbetrags (oder auch ohne solche Begrenzung) für bestimmte Zeitabschnitte festzusetzen, oder auch demnächst wieder herabzusetzen, wenn ein zur Auszahlung jenes Einheitspreises ausreichender Reingewinn nicht erzielt ist (D. 133). Bis zur endgültigen Feststellung der zu gewährenden Vergütung kommen die Grundsätze über den Anspruch des Aktionärs auf Feststellung des verdienten Reingewinns (§ 213 Anm. II b) zur entsprechenden Anwendung, nach endgültiger Feststellung (wenn nicht die Möglichkeit späterer Herabsetzung vorbehalten) die Grundsätze über den Anspruch des Aktionärs auf Zahlung des festgestellten Reingewinns (§ 213 Anm. II c, d). Bei den Beschlüssen der Gesellschaftsbehörden muß die Gleichberechtigung der einzelnen Aktionäre gewahrt bleiben (§ 250 Anm. II c 4).

§ 217.

Gesetzwidrige Zahlungen der Gesellschaft an Aktionäre.

Die Aktionäre haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, soweit sie den Vorschriften dieses Gesetzbuchs entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben. Was ein Aktionär in gutem Glauben als Gewinnantheil oder als Zinsen bezogen hat, ist er in keinem Falle zurückzuzahlen verpflichtet.

Ist über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet, so wird während der Dauer des Verfahrens das den Gesellschaftsgläubigern gegen die Aktionäre zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt.

Die nach diesen Vorschriften begründeten Ansprüche verjähren in fünf Jahren vom Empfange der Zahlung an.

ADH. Art. 218 (198). **Entw. I** § 201. **Entw. II** § 215.

I. **Voraussetzung** der Haftung.

a. **Zahlung der Gesellschaft.**

1. Zahlung. Die in dem Wort „Zahlung" liegende Beschränkung (vgl. auch § 195 Anm. IV d, § 218 Anm. I) ist als nicht beabsichtigt anzusehen. Die Bestimmung ist daher entsprechend anzuwenden auf jede (auch nicht in Geld bestehende) Leistung der AG. an einen Aktionär, einschließlich eines Erlasses oder eines Aufrechnungsvertrags.

2. Die Gesellschaft als Zahlender. Der § 217 behandelt nur den Fall, daß „von der Gesellschaft" die Zahlung geleistet ist. Dem steht gleich der Fall, daß auf Anweisung der Gesellschaft gezahlt ist. Dagegen ist § 217, namentlich auch Abs. 1 Satz 2, nicht anwendbar, falls ein Dritter für eigene Rechnung gezahlt hat, z. B. auf Grund einer Gewinnanteilsgewähr oder eines sonstigen mit der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrags zu gunsten der Aktionäre (Beispiel in § 303 Anm. III d 3).

b. **„Den Vorschriften dieses Gesetzbuchs entgegen."** Ebenso § 241 Abs. 3. Beispiele gesetzwidriger Zahlungen in § 213 Anm. II d, § 215 Anm. III b, § 241 Anm. III c 5. Gemeint ist: „unter Verstoß gegen öffentliches Recht" (dagegen Goldmann Nr. 8). Da ein gegen zwingendes Recht verstoßender Beschluß durch Nichtanfechtung nicht gültig wird (§ 273 Anm. II b 3), so ist gegenstandslos die Erörterung bei Staub[8]-Pinner Anm. 5 über die gegenüber den Gesellschaftsgläubigern eintretende Wirkung der Nichtanfechtung. Welche Folgen eintreten, wenn ein Verstoß nur gegen Satzungsbestimmungen oder gegen Sonderrechte anderer einzelner Aktionäre oder gegen die Vorrechte einer Aktiengattung vorliegt, vgl. unten Anm. III. Jede gegen öffentliches Recht verstoßende „Zahlung" hat die in § 217 bestimmte Wirkung. Voraussetzung ist nicht, daß durch die Zahlung der Wert des verbleibenden Vermögensüberschusses der Gesellschaft unter den Nennbetrag des Grundkapitals sinkt; so liegt z. B. die Voraussetzung des § 217 auch dann vor, wenn der Reservefonds seinem gesetzlich bestimmten Zweck zuwider den Aktionären ausgeantwortet wird (D. 135).

c. **Aktionär** als Empfänger. Zur Entgegennahme der Zahlung des festgestellten Gewinnanteils ist der Inhaber des getrennten Gewinnanteilscheins berechtigt (§ 213 Anm. II c 4, § 185 Anm. II a). Hat der Inhaber eines getrennten Gewinnanteilscheins unter Verstoß gegen die Vorschriften des HGB. Zahlungen von der Gesellschaft empfangen, so ist der § 217 entsprechend auf ihn, nicht auf den Aktionär, von dessen Aktie jener Gewinnanteilschein getrennt war, anzuwenden (ROH. 18 159). Dies ist in P. 336 vorausgesetzt, da dort bemerkt wird, daß die Gutgläubigkeit der (in eigenem Namen) den Gewinn erhebenden „Kommissionäre usw." (d. h. Kommissionäre oder Agenten) deren Pflicht, das zuviel Empfangene zunächst aus eigenen Mitteln zu erstatten, ausschließen soll. Überhaupt knüpft sich die Wirkung des § 217 an die Person des Empfängers. Wird nach dem Empfang das Anteilrecht veräußert, so bleibt dennoch der Empfänger haftbar; die Haftung geht nicht mit dem Anteilrecht auf den Erwerber über.

d. **Ausnahme: gutgläubiges Beziehen als Gewinnanteil oder Zinsen.** Vgl. § 172 Anm. III b.

1. Guter Glaube. Der in Anspruch genommene Aktionär kann einwenden, daß er die Rückzahlung in gutem Glauben als Gewinnanteil oder Zinsen bezogen habe. Der Aktionär ist beweispflichtig bezüglich seiner Gutgläubigkeit (ebenso Staub[7] Anm. 12; dagegen CosackHR. § 118 VI 1, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 11, Staub[8]-Pinner Anm. 12). Daß auch der Errichter der Bilanz oder der Zahlende in gutem Glauben war, ist (abweichend von § 172 Abs. 5) nicht verlangt. Auch grobe Fahrlässigkeit schließt den guten Glauben aus (BGB. § 932 Abs. 2).

2. Als Gewinnanteil oder Zinsen. Voraussetzung ist, daß der beziehende Aktionär die Zahlung als eine Zahlung von Gewinnanteil oder Zinsen (§ 215 Anm. II b, IV; vgl. P. 336) in Empfang genommen hat, nicht etwa z. B. als eine Rückzahlung der Einlage, als Anteil bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens, als (zu hohe) Vergütung für eine wiederkehrende Leistung. In den letzteren Fällen besteht die Haftung aus § 217 selbst bei gutem Glauben des Empfängers.

3. Beziehen. Der gute Glaube muß zur Zeit des Beziehens (§ 169 Anm. IV; vgl.

jedoch für die frühere Fassung ROH. 18 157) vorhanden sein; der Zeitpunkt der Feststellung des Gewinns (§ 213 Anm. II c 2) ist hierfür unerheblich (ROH. 18 157).

II. **Inhalt der Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.**

a. **Gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.** Der § 217 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 3, bezieht sich ausschließlich auf die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, wobei unerheblich ist, ob daneben im Einzelfall auch eine Verpflichtung des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft besteht (D. 135). Der § 217 Abs. 1 Satz 2 ist dahin auszulegen, daß er sowohl auf das Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern wie auf das Verhältnis zur Gesellschaft Anwendung findet (unten Anm. III); ersteres, trotzdem das Wort „zurückzahlen" gebraucht ist, welches für das Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern nicht zutrifft.

b. **Verbindlichkeiten der Gesellschaft.** Vgl. § 128 Anm. III.

c. **Art der Haftung.** Vgl. § 171 Anm. I, § 178 Anm. IV. Die Haftung ist eine unmittelbare. Der einzelne Gesellschaftsgläubiger klagt gegen den Aktionär, nicht etwa auf Rückzahlung des unzulässigerweise Empfangenen an die Gesellschaft, sondern unmittelbar auf Zahlung der Gesellschaftsschuld an den Gläubiger in Höhe des unzulässigerweise Empfangenen. Der Aktionär steht in allen Beziehungen gleich einem Kommanditisten, nur daß seine unmittelbare Haftung nicht durch die Höhe des im Verhältnis nach außen abgegebenen Einlageversprechens abzüglich der geleisteten Einlage, sondern durch die Höhe des unzulässigerweise Empfangenen begrenzt ist. Daher sind auch alle diejenigen Vorschriften für entsprechend anwendbar zu erachten, die zur Regelung jener Klage des Gesellschaftsgläubigers gegenüber dem Kommanditisten und der dem letzteren zustehenden Einwendungen gegeben sind: die AG. und die nach § 217 haftenden Aktionäre sind Gesamtschuldner (§ 171 Anm. I b), der Aktionär hat die nach § 129 zulässigen Einwendungen (§ 129 Anm. II a—c, § 161 Anm. II b 17), und es ist auch für zulässig zu erachten, daß er — selbst nach Anstellung der Klage des Gesellschaftsgläubigers — das unzulässigerweise Empfangene an die Gesellschaft zurückgibt und sich dadurch von fernerer unmittelbarer Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern befreit (§ 171 Anm. II b). Während des Gesellschaftskonkurses übt der Konkursverwalter das sonst den Gesellschaftsgläubigern zustehende Recht aus (§ 171 Anm. I a).

d. **Verjährung.** Vgl. § 159, § 161 Anm. II b 39. Auch hier ist anwendbar die in dem entsprechenden § 159 Abs. 1 ausdrücklich ausgesprochene Einschränkung: „sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt". Entsprechend ist wohl auch anzuwenden § 159 Abs. 3 dahin, daß, wenn eine vor unzulässiger Rückgewähr an den Aktionär begründete Gesellschaftsverbindlichkeit erst später fällig wird, die Verjährung erst mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit beginnt.

III. **Haftung gegenüber der Gesellschaft.** Der § 217 enthält nichts darüber, in welchen Fällen das Gezahlte seitens der Gesellschaft zurückgefordert werden kann. Ob die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch (z. B. Irrtum bei Auszahlung, D. 135, § 169 Anm. IV) vorliegen, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden (ROH. 23 173, RG. 13 28, 32 96). Ist Zahlung auf Grund unrichtiger, demnächst infolge Anfechtung aufgehobener Bilanz erfolgt und bei richtiger Bilanzaufstellung kein verteilbarer Reingewinn vorhanden, so ist hiernach Rückforderung zulässig, außer wenn der Vorstand bei Auszahlung jene Unrichtigkeit der Bilanz kannte (BGB. § 814). Der § 217 Abs. 1 Satz 2 (oben Anm. I d) ist jedoch dahin auszulegen, daß er auch auf das Verhältnis des Aktionärs zur Gesellschaft Anwendung finden soll (zust. Staub[8]-Pinner Anm. 22, Goldmann Nr. 15; dagegen Ring Nr. 4); auch bei der Kommanditgesellschaft ist eine ähnliche Vorschrift nicht nur für das Verhältnis nach außen (§ 172 Abs. 5), sondern auch für das Verhältnis nach innen (§ 169 Abs. 2) gegeben, und der frühere Art. 218 ADH., dessen Vorschrift der § 217 in sich aufgenommen haben soll (D. 135), betraf vorzugsweise, wenn nicht ausschließlich, das Verhältnis nach innen. Die Verjährungsvorschrift des § 217 Abs. 3 ist auf Ansprüche der Gesellschaft nicht anwendbar (Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 16; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 23). — Dem einzelnen durch die Auszahlung geschädigten Aktionär steht kein Klagerecht gegen den Empfänger zu.

§ 218.

Verzögerte Einzahlung.

Ein Aktionär, der den auf die Aktie eingeforderten Betrag nicht zur rechten Zeit einzahlt, hat Zinsen von dem Tage an zu entrichten, an welchem die Zahlung hätte geschehen sollen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

Im Gesellschaftsvertrage können für den Fall, daß die Einzahlung nicht rechtzeitig erfolgt, Vertragsstrafen festgesetzt werden.

Ist im Gesellschaftsvertrage nicht ein Anderes bestimmt, so hat die Aufforderung zur Einzahlung in der Weise zu geschehen, in welcher die Bekanntmachungen der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag erfolgen.

ADH. Art. 184 (219 Abs. 2). **Entw. I** § 202. **Entw. II** § 216.

I. **Tragweite der §§ 218—220: „Zahlung eines Betrags auf die Aktie".**

a. **„Auf die Aktie".** Das Wort „Aktie" ist hier gleichbedeutend mit „Grundkapitalanteil (§ 179 Anm. III). Die §§ 218—220 betreffen daher nur eine Säumnis bei einer Zahlung, die auf den Grundkapitalanteil (richtiger: auf den Ausgabebetrag; § 211 Anm. II) geleistet werden soll, oder mit anderen Worten (§ 211 Anm. II) die Säumnis bei Leistung der „Kapitaleinlage". Die §§ 218—220 sind nicht anwendbar auf eine Säumnis bezüglich anderer dem Aktionär obliegender Leistungen, z. B. der wiederkehrenden Leistungen des § 212. — Da „Aktie" in §§ 218—220 nicht auf die Urkunde zielt, so ist unerheblich (§ 179 Anm. II b), ob überhaupt und ob vorschriftsmäßige Mitgliedscheine ausgegeben sind; selbst wenn keine oder nicht vorschriftsmäßige Mitgliedscheine ausgegeben waren, sind §§ 218—220 anwendbar (zust. Ring Nr. 1; dagegen Staub Anm. 1, Rudorff zu § 220 Abs. 2, Goldmann Nr. 1); § 219 Abs. 4 Satz 1 und § 220 Abs. 1 Satz 3 allerdings nur entsprechend. Waren unzulässigerweise (§ 179 Abs. 3) Inhaberurkunden ausgegeben, so ist ein Rückgriff gegen Rechtsvorgänger ausgeschlossen (§ 220 Anm. II b).

b. **„Zahlung eines Betrags".** Die §§ 218—220 berücksichtigen nach ihrem Wortlaut die Säumnis nur bezüglich einer bar zu leistenden Kapitaleinlage, nicht auch bezüglich der Nichtbareinlage. Dies geht hervor aus der Erwähnung eines eingeforderten „Betrags" und aus dem Wort „Einzahlung". Zweifelhaft kann allerdings sein, ob hierdurch auch eine entsprechende Anwendung der §§ 218—220 auf Säumnis bei Nichtbareinlagen ausgeschlossen ist. Denn an anderen Stellen des HGB. sind in mehreren Fällen Bestimmungen, in denen die Worte „Betrag" (§ 179 Anm. VI) oder „Einzahlung" (§ 214 Anm. I, § 217 Anm. I a 1, § 278 Anm. VI b, § 300 Anm. III b, § 311 Anm. VI) vorkommen, auch auf den Fall der Nichtbareinlage entsprechend anzuwenden. Indessen ist wohl der Ansicht der Vorzug zu geben, wonach die §§ 218—220 auch nicht entsprechend auf Nichtbareinlagen anwendbar sind (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 3, Behrend § 120 Anm. 9, Rudorff 172, Ring Nr. 1, Goldmann Vorbem.; dagegen Rehm § 116 S. 379 Anm. 3); denn auch inhaltlich passen die §§ 218—220 schlecht auf den Fall der Nichtbareinlage, und eine absichtliche Beschränkung auf eine „Geldeinlage" findet sich auch in § 111, dem der § 218 entspricht (vgl. auch § 195 Anm. IV a 1). Für den Fall einer Säumnis bei Leistung einer nicht baren „Kapitaleinlage" kommen daher nicht §§ 218—220, sondern die allgemeinen Bestimmungen des BGB. (Vorbem. zu HGB. §§ 375, 376) zur Anwendung.

c. **Entstandene** Aktiengesellschaft. Die §§ 218—220, indem sie ein schon bestehendes Anrecht des Aktionärs voraussetzen, gehen davon aus, daß es sich um eine nach Entstehung der Gesellschaft (§ 200 Anm. I) zu leistende Einzahlung handelt. Sie sind daher nicht anwendbar auf eine vor Eintragung der Gesellschaft zu leistende Einzahlung (vgl. § 195 Anm. IV).

II. **Einforderung.** Über Einforderung vor Gesellschaftseintragung vgl. § 195 Anm. IV b, § 200 Anm. II c; über Einforderung nach Auflösung oder bei Nichtigkeit der Gesellschaft vgl. § 300 Abs. 3, § 311 Abs. 3.

a. **Gleichmäßigkeit gegenüber allen Verpflichteten.** Die Einforderung hat gegenüber allen zu Bareinlagen verpflichteten Aktionären in gleichem Verhältnis und mit gleichen Maßgaben zu erfolgen. Das Gegenteil ist zwar nicht durch öffentliches Recht verboten; doch stehen die Rechte der Benachteiligten entgegen (§ 250 Anm. II c 4). Haben die letzteren auf ein Widerspruchsrecht verzichtet (z. B. durch Satzungsbestimmung oder Einzelverzicht), so ist daher ungleichmäßige Einforderung für zulässig zu erachten. Zu beachten ist indessen, daß benachteiligt nicht notwendig diejenigen sind, die früher als andere einzahlen müssen, sondern unter Umständen (§ 214 Abs. 3; wohl selten im Fall des Abs. 2) diejenigen, welche später als andere einzahlen sollen, und mithin (§ 211 Anm. III) nicht früher einzahlen dürfen, deshalb aber dann geringer am Gewinn beteiligt sind. Mangels einer entsprechenden Satzungsbestimmung oder Zustimmung der Benachteiligten ist auch ein nach Aktiengattungen verschiedenes Verhältnis der Einforderung nicht für zulässig zu erstatten (§ 250 Anm. II c 4; zust. Ring Nr. 3; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 11, Behrend § 120 Anm. 8, Esser Anm. 3, Goldmann Nr. 5). In KB. 69 sind die Fälle erwähnt, daß von Aktionären mit zweifelhafter Borgwürdigkeit höhere Einzahlungen als von den übrigen eingefordert seien, oder daß einzelnen Aktionären gestattet worden sei, über den eingeforderten Betrag hinaus Einzahlungen zu machen. Hierdurch sollte wohl nicht die allgemeine Zulässigkeit derartiger Maßnahmen anerkannt werden. — Besteht im Konkurs der AG. ein so hoher Fehlbetrag, daß er, auch wenn alle Aktionäre voll einzahlen, nicht gedeckt werden kann, so kann nach Bolze 22 Nr. 516 der einzelne in Anspruch genommene Aktionär keinen Einwand daraus herleiten, daß der Verwalter mit anderen Aktionären einen Vergleich geschlossen hat, wonach sie nur einen geringeren als den vollen rückständigen Betrag einzuzahlen haben; denn in diesem Fall besteht kein Interesse der in Anspruch Genommenen an gleicher Behandlung der übrigen Aktionäre.

b. **Einfordernde Gesellschaftsbehörde.** Wer die Einforderung zu beschließen hat, ist oft in der Satzung geregelt (vgl. auch § 189 Anm. III b 5). Mangels einer solchen Bestimmung ist auch in dieser Beziehung der Vorstand zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt (§ 231). Abweichend für Genossenschaften GenG. § 50, für Gesellschaften mit beschränkter Haftung GmbHG. § 46 Nr. 2. — Über die Fälle des Konkurses und der Liquidation der AG. vgl. § 292 Anm. I c 2, § 294 Anm. II b 9.

c. **Form** (§ 218 Abs. 3). Die Form ist — mangels anderer Bestimmung der Satzung (§ 182 Anm. I) — die allgemein für die Bekanntmachungen der Gesellschaft vorgeschriebene (§ 182 Anm. IV b 7).

III. **Nichteinzahlung zur rechten Zeit.** Vgl. § 111 Anm. I c.

a. **Nichteinzahlung** liegt vor auch, wenn die AG. selbst für den Aktionär eingezahlt hat, z. B. aus Geld, das sie im Weg der Anleihe aufgenommen hat (RG. 47 186). Sonst ist unerheblich, ob der Aktionär selbst oder ein Dritter für ihn eingezahlt hat (RG. 50 46), außer wenn unter den Voraussetzungen des BGB. §§ 267, 268 die Annahme der Zahlung des Dritten in zulässiger Weise abgelehnt worden ist. — Über die Einwirkung des Konkurses über das Vermögen des Aktionärs auf die Anwendbarkeit der §§ 219, 220 vgl. § 219 Anm. I b 2.

b. **Nicht zur rechten Zeit** geschieht die Zahlung, wenn sie trotz Einforderung nicht erfolgt. Die Zahlungspflicht besteht schon vorher; erst durch Einforderung wird aber die Zahlung fällig (RG. 45 155). Nur die sachlich und förmlich vorschriftsmäßige Einforderung (oben Anm. II) hat die in §§ 218—220 bestimmten Wirkungen. Die Einforderung wird nicht ersetzt durch Angabe bestimmter Einzahlungszeiten in der Satzung (Ring Nr. 3, Staub[8]-Pinner Anm. 10, Goldmann Nr. 3; dagegen Behrend § 120 Anm. 7). Die Tatsache der Säumnis ist genügende Voraussetzung für die Anwendung der §§ 218 Abs. 1 Satz 1, 219, 220, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Säumigen (§ 111 Anm. V). Der § 218

Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 enthält lediglich eine Verweisung auf allgemeine Vorschriften; insofern ist daher die Frage des Verschuldens unter Umständen erheblich.

IV. **Folgen der Säumnis.**

a. **Zinszahlungspflicht** (§ 218 Abs. 1 Satz 1). Vgl. § 111 Anm. V. Außer der Einforderung (oben Anm. II) ist besondere Mahnung nicht erforderlich (RG. 9 44).

b. **Schadensersatzpflicht** (§ 218 Abs. 1 Satz 2). Vgl. § 111 Anm. VI. Voraussetzung der Schadensersatzpflicht ist ein Verzug (Vorbem. zu §§ 375, 376) des Aktionärs (BGB. § 286, oben Anm. III).

c. **Vertragsstrafe** (§ 218 Abs. 2). Vgl. § 212 Anm. Id. Voraussetzung der Verwirkung ist Verzug (Vorbem. zu §§ 375, 376) des Aktionärs (BGB. § 339, oben Anm. III). Da eine teilweise freiwillige Befreiung von der Einzahlungspflicht unzulässig ist, so kann die Vertragsstrafe nur neben der Erfüllung (BGB. § 341), nicht auch statt der Erfüllung (BGB. § 340) bedungen werden. Ein über den Betrag der Vertragsstrafe hinausgehender Schadensersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung kann — unter Anrechnung der Vertragsstrafe als Mindestbetrag — gefordert werden (BGB. § 341 Abs. 2). Unter derselben Maßgabe — also nur soweit die Vertragsstrafe übersteigend — auch die Verzinsung gemäß § 218 Abs. 1 Satz 1 (ähnlich auf Grund des Pr. Landrechts RG. 9 44, jedoch unter Zubilligung von Zinsen seit Klageanstellung; zust. Ring Nr. 5). Dies ist anzunehmen, weil auch die Verzinsung nur eine (gesetzlich bestimmte) Art des Schadensersatzes ist. War allerdings der Aktionär nicht von Anfang an in Verzug, so hatte der Zinsenlauf schon begonnen, bevor das Verlangen auf Vertragsstrafe gestellt werden durfte. — Eine richterliche Ermäßigung (BGB. § 343) ist zulässig (KB. 70) nur, wenn der erste (§ 348 Anm. IIb; ebenso früher Pinner Anm. II 2 b; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 7, Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 16) anteilberechtigte Minderkaufmann (§ 351) oder Nichtkaufmann (§ 348 Anm. IIb), oder wenn das Strafversprechen nicht betriebszugehörig (§ 348 Anm. IIc) war. Die gegenteilige Ansicht, welche die Eigenschaft des zur Zeit der Verwirkung vorhandenen Aktionärs maßgebend sein läßt, würde zur Folge haben, daß die Gesellschaft um ihr Recht auf die Vertragsstrafe stets dadurch gebracht werden könnte, daß der Aktionär unmittelbar vor der Verwirkung (also vor dem für die Einzahlung festgesetzten Zeitpunkt, unten Anm. Vb) das Anteilrecht an eine nicht zahlungsfähige Person überträgt. — Ob als Vertragsstrafe auch die Verwirkung des Anteilrechts zu gunsten der Gesellschaft bedungen werden kann, vgl. § 212 Anm. Id. — Auf die Androhung einer Vertragsstrafe durch Satzungsänderung ist § 276 entsprechend anwendbar (§ 276 Anm. Vb).

V. **Zahlungspflichtiger.**

a. **Bezüglich des „auf die Aktie eingeforderten Betrags"** ist der jeweilige Aktionär (vgl. § 223 Abs. 3, § 224) zahlungspflichtig. Aus §§ 218, 219 ist zu entnehmen, daß die Rechtsnachfolge im Anteilrecht nicht etwa diejenige Person, welche im Zeitpunkt der Einforderung oder im Zeitpunkt der zu bewirkenden Einzahlung Aktionär ist, nunmehr auch für die folgenden, in § 219 vorgeschriebenen Maßnahmen der Gesellschaft der Zielpunkt bleibt. Vielmehr ist „Aktionär" im Sinn der §§ 218, 219 für jeden einzelnen der in Betracht kommenden aufeinanderfolgenden Zeitpunkte jedesmal diejenige Person, welche in dem betreffenden Zeitpunkt Aktionär ist. Erst die Verlustigerklärung bringt die Aufeinanderfolge der Haftenden zum Stillstand (§ 219 Abs. 4 Satz 2, § 220). Ebenso wirkt die vor Verlustigerklärung erfolgte Erhebung der Klage (CPO. § 265); im letzteren Fall tritt aber die Haftung auch des jeweiligen späteren Erwerbers ein, denn dieser ist dann auch „Aktionär" (vgl. auch CPO. § 325). Die Rechtsvorgänger haften der Gesellschaft nur gemäß § 220.

b. **Bezüglich Zinsen, Schadensersatz, Vertragsstrafe.** Zur Zahlung dieser Nebenschulden ist nach § 218 der „Aktionär" verpflichtet, und § 220 bestimmt nicht, daß in dieser Beziehung auch der Rechtsvorgänger haftet. Da die Nebenschuld aber bereits mit dem Zeitpunkt der Nichtzahlung begründet (wenn auch zum Teil nicht sofort fällig) wird, so ist anzunehmen, daß, wer damals Aktionär ist, sich von seiner Verbindlichkeit nicht durch Veräußerung seines Anteilrechts befreien kann. Andererseits haftet auch der Erwerber, denn das Nichteinzahlen dauert auch unter ihm fort. Eine Teilung zwischen Veräußerer und Erwerber nach dem Verhältnis der Besitzzeit wäre bei der Zinsschuld, aber kaum bei der Schadensersatz-

oder der Vertragsstrafenschuld durchzuführen. Daher wird anzunehmen sein, daß für alle Nebenschulden in voller Höhe der zur Zeit der Fälligkeit der Einzahlung Anteilberechtigte und dessen Rechtsnachfolger als Gesamtschuldner haften (zust. Ring Nr. 6; dagegen Goldmann Nr. 10).

§ 219.

Verlustigerklärung.

Erfolgt die Einzahlung nicht rechtzeitig, so kann den säumigen Aktionären für die Zahlung eine Frist mit der Androhung bestimmt werden, daß sie nach dem Ablaufe der Frist ihres Antheilsrechts und der geleisteten Einzahlungen verlustig erklärt werden.

Die Aufforderung muß dreimal in den im § 182 Abs. 3 bezeichneten Blättern (Gesellschaftsblättern) bekannt gemacht werden; die erste Bekanntmachung muß mindestens drei Monate, die letzte Bekanntmachung mindestens einen Monat vor dem Ablaufe der für die Einzahlung gesetzten Nachfrist erfolgen. Sind die Antheilsrechte nicht ohne Zustimmung der Gesellschaft übertragbar, so genügt an Stelle der öffentlichen Bekanntmachungen der einmalige Erlaß besonderer Aufforderungen an die säumigen Aktionäre; in diesen Aufforderungen muß eine Nachfrist gewährt werden, die mindestens einen Monat von dem Empfange der Aufforderung an beträgt.

Zahlt ein Aktionär den auf die Aktie zu leistenden Betrag ungeachtet der Aufforderung nicht ein, so ist er seines Antheilsrechts und der geleisteten Einzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verlustig zu erklären. Die Erklärung erfolgt mittelst Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern.

An Stelle der bisherigen Urkunde ist eine neue auszugeben, die außer den früher geleisteten Theilzahlungen den eingeforderten Betrag zu umfassen hat. Wegen des Ausfalls, den die Gesellschaft an diesem Betrag oder an den später eingeforderten Beträgen erleidet, bleibt ihr der ausgeschlossene Aktionär verhaftet.

ADH. Art. 184a Abs. 1, 2 (209 Abs. 2). **Entw. I** § 203. **Entw. II** § 217.

I. **Einleitung des Verlustigerklärungs-Verfahrens.**

a. **Freiwilligkeit.** Die AG. hat die Wahl, ob sie ein Verlustigerklärungs-Verfahren einleiten will (§ 219 Abs. 1.: „kann"), ob sie zunächst gegen die nicht einzahlenden Aktionäre mit Klage auf Einzahlung vorgehen, oder ob sie nichts veranlassen will. Doch kann im einzelnen Fall darin, wie die Wahl getroffen wird, ein Verschulden der Gesellschaftsbehörde liegen (M. 85). Auch nachdem das Verlustigerklärungs-Verfahren eingeleitet ist, braucht es nicht durchgeführt zu werden (dagegen OLG. Celle 3 XI 02 OLGRspr. 6 191), soweit (unten Anm. III) bei Nichtdurchführung die Gleichberechtigung der Aktionäre gewahrt bleibt; „ist" in § 219 Abs. 3 darf nicht im Sinn einer Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber dem Säumigen oder gegenüber Dritten ausgelegt werden (dagegen Esser Anm. 3), vielmehr nur in dem Sinn, daß die Erklärung notwendige Voraussetzung des Verlusts der Mitgliedschaft ist (RG. 51 417). Über die Frage, ob der Verlustigerklärung auch der Rückgriff gegen die Rechtsvorgänger folgen muß, vgl. § 220 Anm. I.

b. **Voraussetzung.**

1. Allgemeines. Voraussetzung für die Zulässigkeit des Verlustigerklärungs-Verfahrens ist die nicht rechtzeitige (§ 218 Anm. III b) Einzahlung (§ 218 Anm. III a) des auf den Ausgabebetrag eingeforderten (§ 218 Anm. II) durch Barzahlung zu leistenden Betrags (§ 218 Anm. I b) seitens eines oder mehrerer Aktionäre. Die Nichtleistung einer Neben-

schuld (§ 218 Anm. IV) ist nicht genügende Voraussetzung für ein Verlustigerklärungsverfahren. Die Einleitung des Verfahrens kann nicht vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erfolgen (§ 200 Anm. II c).

2. **Konkurs des Aktionärs** insbesondere. Ob über das Vermögen des Aktionärs Konkurs eröffnet, ist unerheblich; entscheidend ist nur, ob der Konkursverwalter zahlt oder nicht; KO. § 17 ist — abgesehen davon, daß kein Vertrag vorliegt (§ 182 Anm. II b) — nicht anwendbar, weil die AG. durch Gewährung des Anteilrechts bei Entstehung der AG. voll erfüllt (vgl. § 214 Abs. 1, § 252 Abs. 1 Satz 2, § 300 Abs. 2) hat (Staub[8]-Pinner § 218 Anm. 15; dagegen ROH. 25 293, RG. 2 264, Ring § 218 Nr. 8, Goldmann § 218 Nr. 22). Zahlt der Konkursverwalter nicht, so kann die AG. das Verlustigerklärungsverfahren durchführen und den Ausfall als Konkursforderung anmelden (Jaeger[3] KO. § 17 Anm. 5).

c. **Einleitende Gesellschaftsbehörde.** Vgl. § 218 Anm. II b. Mangels gegenteiliger Satzungsbestimmung ist der Vorstand zuständig (§ 231, KB. 17).

II. **Wiederholte Zahlungsaufforderung.**

a. **Allen** säumigen Aktionären gegenüber muß sie erfolgen (§ 219 Abs. 1: „den"; KB. 17; anders bei der GmbH. nach GmbHG. § 21). Auch im Fall des Erlasses besonderer Aufforderungen an die einzelnen Aktionäre (§ 219 Abs. 2 Satz 2).

b. **Fristbestimmung mit Androhung der Verlusterklärung,** in § 219 Abs. 2, 3 als „Aufforderung" bezeichnet. (Diese Ungenauigkeit ist eine Folge der Änderung der Fassung des Abs. 1 durch die Reichstagskommission.) Die einzuhaltenden Fristen ergeben sich aus § 219 Abs. 2: mindestens drei Monate seit erster Bekanntmachung im Fall öffentlicher Aufforderung, mindestens ein Monat seit Aufforderungsempfang (wobei der Tag des Empfangs nicht mitzurechnen, BGB. § 187 Abs. 1, KB. 70) im Fall des Erlasses besonderer Aufforderungsschreiben an die einzelnen Aktionäre.

c. **Form** (§ 219 Abs. 2). Als Regel gilt die dreimalige Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern (§ 182 Anm. IV b 7). Sind jedoch die Anteilrechte nicht ohne Zustimmung der Gesellschaft übertragbar (§ 179 Anm. II c 2), so ist zulässig (aber nicht notwendig an die Stelle der mehrmaligen öffentlichen Bekanntmachung tretend) die einmalige und nichtöffentliche Aufforderung. Daß die letztere schriftlich erfolgen müsse, ist zwar (als Regel) vorausgesetzt, aber mangels ausdrücklicher Bestimmung nicht für unerläßlich zu erachten, so lange nur alle sonstigen Erfordernisse: Aufforderung aller säumigen Aktionäre, Fristsetzung, Androhung, Empfang der Aufforderung, gewahrt sind. Ist der Aufenthalt des besonders aufzufordernden Aktionärs unbekannt, so kann die Zustellung der Aufforderung gemäß BGB. § 132 Abs. 2 erfolgen. Aus dem Inhalt der Aufforderung muß jedem Aktionär — z. B. durch Angabe der Aktiennummer — erkennbar sein, ob er einer der Aufgeforderten ist (KG. 28 XI 00 OLGRspr. 1 435); nicht genügend ist die allgemeine Redewendung „die Aktionäre, welche sich im Rückstand befinden" (KG. 28 XI 00 OLGRspr. 1 435; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 3, Goldmann Nr. 8). — Ein Verstoß gegen die Form bewirkt Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts (BGB. § 125); diese Nichtigkeit kann auch seitens der Gesellschaft, welche verstieß, geltend gemacht werden (RG. 9 43). Wenn nach der Lage des Einzelfalls die nichtige Handlung noch rechtzeitig in gültiger Form nachgeholt werden kann, so ist dies zulässig; nicht braucht unter allen Umständen (was Ring Nr. 5, Staub[8]-Pinner Anm. 5, Goldmann Nr. 23 annehmen) das ganze Verfahren wiederholt zu werden, wenn nur ein Teil fehlerhaft war.

III. **Verlustigerklärung** (§ 219 Abs. 3). Nicht bereits mit Ablauf der Fristen, sondern erst mit der Erklärung tritt die in Abs. 3 vorgesehene Wirkung ein (RG. 51 417). Die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, die Verlustigerklärung zu bewirken, sobald deren Voraussetzungen vorliegen (oben Anm. I a). In einem längeren Ruhenlassen des Verfahrens nach erfolgter Einleitung wird aber im Zweifel ein Verzicht auf Verlustigerklärung zu finden sein (weitergehend KG. 28 XI 00 OLGRspr. 1 435). Voraussetzung der Verlustigerklärung ist Nichtzahlung des rückständigen Betrags seitens des betreffenden Aktionärs bis zum Ablauf der Nachfrist. Daß eine etwaige Verlustigerklärung gleichzeitig bezüglich aller nichtzahlenden

Aktionäre ausgesprochen werden müsse, gegen welche die wiederholte Zahlungsaufforderung (oben Anm. II) erging, ist nicht vorgeschrieben, wohl weil im Fall des § 219 Abs. 2 Satz 2 die Nachfrist gegenüber einzelnen Aktionären zu verschiedener Zeit ablaufen kann. Soweit letzteres nicht der Fall, folgt aber die Pflicht der AG. zur Gleichzeitigkeit der Verlustigerklärung aus dem Grundsatz (§ 250 Anm. IIc 4) der Gleichberechtigung der Aktionäre. Die Form der Erklärung ist stets die Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern (§ 182 Anm. IVb 7), selbst wenn die wiederholte Zahlungsaufforderung in der Form besonderer Mitteilungen an die einzelnen Aktionäre (oben Anm. IIc) ergangen war. Mangels gegenteiliger Satzungsbestimmung ist der Vorstand zuständig zur Abgabe der Erklärung (vgl. oben Anm. Ic). Erst die Bekanntmachung enthält die maßgebende Erklärung; bis dahin behält daher der säumige Aktionär seine Rechte, insbesondere auch sein Stimmrecht in der Generalversammlung (OLG. Karlsruhe 15 III 89 ZHR. 43 323). Aus dem Inhalt der Bekanntmachung muß erkennbar sein, bezüglich welcher einzelnen Anteilrechte die Verlustigerklärung eintritt (KG. 28 XI 00 OLGRspr. 1 435; vgl. oben Anm. IIc). — Eine Klage des Ausgeschlossenen auf Feststellung der Ungültigkeit der Verlustigerklärung wegen Mangels ihrer sachlichen Voraussetzungen oder wegen eines Verstoßes gegen die Form ist zulässig (CPO. § 256, RG. 27 52). — Auf den Verlust des Rechts aus den ausgegebenen Gewinnanteilscheinen ist § 228 Abs. 2 entsprechend anwendbar (§ 228 Anm. I).

IV. **Ausgeben einer neuen Urkunde.**

a. **Ausgeben.** Wenn § 219 Abs. 4 vorschreibt, die neue Urkunde sei „auszugeben", so ist dies nur im Sinn von „auszustellen" zu verstehen (§ 220 Anm. I); in der Regel folgt allerdings auch ein wirkliches „Ausgeben" (§ 220 Anm. IId). Dies ist indessen kein „Ausgeben" im Sinn des § 184 (§ 220 Anm. III).

b. **Inhalt der neuen Urkunde.** Da nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß die neue Urkunde gleichartig mit der bisherigen sein soll, so wird es zulässig sein, den früheren Interimsschein sofort durch eine Namenaktie zu ersetzen. Ist in dem Interimsschein der Betrag der geleisteten Einzahlungen angegeben, so ist die Einzahlung, wegen deren die Verlustigerklärung erfolgt ist, als geleistet mitzurechnen (§ 219 Abs. 4 Satz 1). Ebenso jedenfalls (§ 179 Abs. 4), wenn eine Aktie ausgegeben wird, die auch bei Einrechnung der betreffenden nicht geleisteten Einzahlung noch nicht vollgezahlt wäre.

c. **Rechtszustand zwischen Verlustigerklärung und Weiterveräußerung des Anteilrechts.** Bis die Urkunde in dem durch § 220 vorgeschriebenen Verfahren ausgegeben wird, ist sie Eigentum der AG.; auch während dieser Zeit besteht das Anteilrecht fort (M. 85, § 226 Anm. Ia), und das Grundkapital (§ 178 Anm. IIa) bleibt unvermindert.

d. **Weiterveräußerung eines Anteilrechts durch die AG. trotz Ungültigkeit der Verlustigerklärung.** Veräußert die AG. das unverbriefte Anteilrecht, trotzdem die Verlustigerklärung in nicht gültiger Weise erfolgt war, so erlangt der Erwerber kein Anteilrecht, denn das Anteilrecht ist keine Sache, sondern vergleichbar einem Bündel von Forderungsrechten; mithin können nicht die Regeln über Erwerb einer Sache von einem Nichtberechtigten, sondern nur die Regeln über Abtretung zur Anwendung kommen (§ 105 Anm. If 2); die Abtretung seitens eines Nichtberechtigten überträgt aber kein Recht. Anders auch nicht, wenn das Anteilrecht — wie in der Regel — verbrieft ist (§ 219 Abs. 4 Satz 1) und dies die Forderung verbriefende Wertpapier (§ 179 Anm. IVb) veräußert wird. Denn auf die Übertragung einer durch Wertpapier verbrieften Forderung sind die Grundsätze über Eigentumsübertragung an Sachen nur dann anwendbar, wenn die verbriefende Urkunde ein Inhaberpapier ist (§ 222 Anm. IVa), und selbst bei einem Inhaberpapier besteht ein Anspruch nur, wenn dessen Ausstellung gültig war (vgl. BGB. § 796); die Ausstellung eines neuen Mitgliedscheins trotz fortdauernden Anteilrechts des bisherigen Berechtigten und mithin fortdauernder Gültigkeit des bisherigen Mitgliedscheins ist aber, da die Zahl der Grundkapitalanteile aus Gründen öffentlichen Rechts nicht anders als im Weg der Grundkapitalserhöhung vermehrt werden darf (§ 179 Anm. IIIa), verboten und mithin nichtig (§ 209 Anm. III, Behrend § 120 Anm. 19, Bodewig in HoldheimsMSchr. 95 115, Staub⁸-Pinner Anm. 5; dagegen RG. 27 53, welches den Ausgeschlossenen auf einen Ersatzanspruch verweist, und ihm folgend

Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 24; beide Anteilrechte erachten für gültig Rudorff zu § 219 Abs. 3, CosackHR. § 117 III 5a; vgl. auch RG. 54 395).

V. **Haftung des ausgeschlossenen Aktionärs.** Mit der Verlustigerklärung verwandelt sich die bisher in erster Reihe stehende Haftung desjenigen, welcher bei Verlustigerklärung Aktionär war, in eine nur ergänzungsweise und nur auf den Ausfall eintretende. Dennoch beruht die nunmehrige Haftung auf dem gleichen Rechtsgrund wie die frühere („bleibt"). Demgemäß besteht die Haftung auch bezüglich der später (sei es vor oder nach Verlustigerklärung) eingeforderten Beträge; wenngleich auch in dieser Beziehung nur noch als ergänzende und auf den Ausfall beschränkte. Aus demselben Grund (da sie auf § 211 beruht) findet auch auf diese ergänzende Ausfallshaftung der § 221 Anwendung. Der ausgeschlossene Aktionär hat nicht das Recht, gegen Zahlung die Aushändigung der neuen Urkunde zu verlangen (vgl. auch § 220 Anm. IId); es sei denn, daß er die Zahlung nicht gemäß § 219 Abs. 4 Satz 2, sondern auf Grund eines Kaufs gemäß § 220 Abs. 3 (wobei der Gegenwert auch für die bereits verfallenen Einzahlungen zu gewähren) leistet. Der Ausfall steht erst fest, wenn nicht nur der Rückgriff auf die Vormänner genommen (§ 220 Abs. 1, 2), sondern nötigenfalls das Anteilrecht auch verkauft (§ 220 Abs. 3) ist (Ring Nr. 4, Staub[8]-Pinner Anm. 8, Goldmann Nr. 19; dagegen Rudorff zu § 219 Abs. 4 wegen des „kann" in § 220 Abs. 3). Auch gegenüber dem Ausgeschlossenen ist wohl die in § 220 Abs. 1 Satz 2 aufgestellte Vermutung entsprechend anwendbar. Die Ausfallshaftung des ausgeschlossenen Aktionärs besteht, wie aus dem Zusammenhang des § 219 Abs. 4 hervorgeht, auch nach Weiterveräußerung des heimgefallenen Anteilrechts durch die AG.; ob auch die Ansprüche der AG. gegen die Rechtsvorgänger bestehen bleiben, vgl. § 220 Anm. IV. — Über die Voraussetzungen einer Haftung der Gründer für den durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs entstehenden Ausfall vgl. § 202 Anm. IIc.

§ 220.

Rückgriff gegen Rechtsvorgänger; Verkauf des Anteilrechts.

Soweit der ausgeschlossene Aktionär den eingeforderten Betrag nicht zahlt, ist dafür der Gesellschaft der letzte und jeder frühere in dem Aktienbuche verzeichnete Rechtsvorgänger verhaftet, ein früherer Rechtsvorgänger, soweit die Zahlung von dessen Rechtsnachfolger nicht zu erlangen ist. Dies wird vermuthet, wenn von dem letzteren die Zahlung nicht bis zum Ablaufe von einem Monate geleistet wird, nachdem an ihn die Zahlungsaufforderung und an den Rechtsvorgänger die Benachrichtigung von dieser erfolgt ist. Der Rechtsvorgänger erhält gegen Zahlung des rückständigen Betrags die neu auszugebende Urkunde.

Die Haftpflicht des Rechtsvorgängers ist auf die innerhalb der Frist von zwei Jahren auf die Aktien eingeforderten Beträge beschränkt. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Uebertragung des Antheilsrechts zum Aktienbuche der Gesellschaft angemeldet wird.

Ist die Zahlung des rückständigen Betrags von Rechtsvorgängern nicht zu erlangen, so kann die Gesellschaft das Antheilsrecht zum Börsenpreis und in Ermangelung eines solchen durch öffentliche Versteigerung verkaufen.

ADH. Art. 184 b Abs. 1, 2, 4 (219 Abs. 2). **Entw. I** § 204. **Entw. II** § 218.

I. **Pflicht zur Geltendmachung der Rechte aus § 220?**

Der § 220 enthält keine Bestimmung, wonach die Gesellschaft zur Eintreibung der Zahlung von den Rechtsvorgängern oder zum Verkauf des Anteilrechts verpflichtet wäre. Bezüglich des Verkaufs des Anteilrechts ist in § 220 Abs. 3 das Gegenteil ausdrücklich bestimmt („kann").

Nach herrschender Meinung soll eine Pflicht zur Inanspruchnahme der Rechtsvorgänger

daraus folgen, daß § 219 Abs. 4 lautet, die neue Urkunde sei „auszugeben" (Ring Nr. 5, Staub[8]-Pinner § 219 Anm. 7, Goldmann Nr. 11), ferner daraus, daß anderenfalls eine unzulässige Herabsetzung des Grundkapitals vorliegen würde (M. 85, Staub[8]-Pinner § 219 Anm. 7, Rudorff zu § 219 Abs. 4).

Der erstere Grund ist nicht stichhaltig; denn in gewissen Fällen ist auch nach Meinung der Gegner die Gesellschaft nicht zum „Ausgeben" verpflichtet. So, wenn kein Rechtsvorgänger oder kein zahlungsfähiger Rechtsvorgänger vorhanden ist, denn eine Verpflichtung zum Verkauf besteht jedenfalls nicht. Ferner würde immer bis zur tatsächlichen Ausgabe eine Zeit verlaufen, während deren eben nicht „ausgegeben" ist.

Der zweite angegebene Grund müßte zur Annahme einer Pflicht auch zum Verkauf führen. Trotzdem besteht keine solche Pflicht, wie allgemein (Ring Nr. 6, Staub[8]-Pinner Anm. 12, Goldmann Nr. 18) zugegeben wird. Überhaupt aber ist nicht anzuerkennen, daß in der Nichtausgabe der neuen Urkunde eine Herabsetzung des Grundkapitals liegt. Nicht das Grundkapital (§ 178 Anm. IIa), sondern die Zahl der in Händen Dritter befindlichen Anteilrechte ist vorübergehend herabgesetzt. Auch nachdem der bisherige Berechtigte sein Anteilrecht durch die Verlustigerklärung eingebüßt hat, besteht das bisherige Anteilrecht als solches fort, nur daß es sich vorübergehend in der Hand der Gesellschaft befindet (§ 219 Anm. IV c). Es tritt — wie bei jedem Erwerb eines eigenen Anteilrechts durch die Gesellschaft (§ 226 Anm. Ia) — ein ähnliches Verhältnis ein wie das bei einer Eigentümerhypothek vorliegende. Auch während das Anteilrecht in der Hand der Gesellschaft ist, muß das Grundkapital zu vollem Betrag in die Bilanz aufgenommen werden. Viel eher als an das Vorliegen einer Herabsetzung des Grundkapitals könnte man daran denken, daß ein Verstoß gegen § 226 oder § 227 vorliege. Aber die Voraussetzungen auch keines dieser beiden Paragraphen sind hier gegeben.

Auch ist nicht einzusehen, warum die Gesellschaft zur Ausübung des Rückgriffs verpflichtet sein sollte. Dem Ausgeschlossenen wird man keinen Anspruch hierauf einräumen wollen, denn er ist durch § 219 Abs. 4 genügend geschützt. Die Gesellschaftsgläubiger aber werden durch Nichtausübung des Rückgriffs nicht stärker geschädigt, als durch Nichtvorgehen gegen den nichtzahlenden Aktionär und Nichteinleitung des Verlustigerklärungs-Verfahrens; in beiden letzteren Beziehungen ist aber die Gesellschaft ihren Gläubigern gegenüber jedenfalls nicht zum Vorgehen verpflichtet. Ob ein Sonderrecht des zahlenden Aktionärs besteht, daß die Einziehung auch gegenüber anderen Aktionären erfolge (vgl. § 250 Anm. IIc 4), ist hier nicht zu erörtern und jedenfalls nicht verschieden bezüglich des Vorgehens gegenüber dem jeweiligen Aktionär und des Vorgehens gegenüber dessen Rechtsvorgängern zu entscheiden. Darüber, ob der Rechtsvorgänger, der zur Zahlung bereit ist, ein Recht auf Entgegennahme der Zahlung unter Aushändigung des Mitgliedscheins hat, vgl. unten Anm. IId.

Ob die Gesellschaftsbehörden (Vorstand, Aufsichtsrat) gegenüber der Gesellschaft und deren Gläubigern zur Ausübung des Rückgriffs verpflichtet sind, wird im Einzelfall verschieden zu beurteilen, in der Regel allerdings zu bejahen sein. In dieser Beziehung sind aber lediglich die allgemeinen Vorschriften der §§ 241, 249 maßgebend, und die Pflicht zum Rückgriff ist keine größere als die Pflicht zur Verfolgung des ursprünglichen Aktionärs und zum Verkauf des Anteilrechts.

II. **Haftung der Rechtsvorgänger.**

a. **Voraussetzung** ist Nichtzahlung des eingeforderten Betrags seitens des ausgeschlossenen Aktionärs.

1. Nichtzahlung: auch soweit der Ausgeschlossene nach Ausschluß noch freiwillig zahlt, verringert er die Haftung der Rechtsvorgänger (§ 220) und seine eigene (§ 219 Anm. V).
2. Eingeforderter Betrag: eine Nichtzahlung der Nebenschulden gibt nicht das Recht zum Rückgriff (§ 218 Anm. Vb); die Rechtsvorgänger haften nur auf Zahlung des auf den Ausgabebetrag des Grundkapitalanteils zu leistenden Barbetrags (§ 218 Anm. Ib), soweit er eingefordert (§ 218 Anm. II) und nicht von einem Nachmann gezahlt ist; sie haften insbesondere nicht für die Kosten des Verlustigerklärungs-Verfahrens (KB. 17).

3. Ausgeschlossener Aktionär: eine ordnungsmäßige Verlustigerklärung (§ 219 Anm. III) muß vorhergegangen sein.

b. **Haftende Rechtsvorgänger** sind nur diejenigen, welche im Aktienbuch verzeichnet sind. Die Zwischenmänner, welche z. B. auf Grund von Blankoindossamenten erworben hatten, ohne ihre Eintragung im Aktienbuch herbeizuführen, können nicht herangezogen werden.

c. **Staffel-Rückgriff.** Die Gesellschaft kann, wenn der letzte Rechtsvorgänger des Ausgeschlossenen zahlungsfähig ist, in erster Reihe nur ihn in Anspruch nehmen. Jeder frühere Rechtsvorgänger haftet nur ergänzend, soweit von dem Nachmann Zahlung nicht zu erlangen ist. Die Gesellschaft kann hiernach zwar den früheren Rechtsvorgänger unmittelbar in Anspruch nehmen, muß dann aber behaupten und beweisen, daß von seinen Nachmännern Zahlung nicht zu erlangen ist. Zur Führung dieses Beweises bedarf es nicht notwendig der Klage und fruchtloser Vollstreckung (vgl. § 202 Anm. II c 2). Die Beweislast wird umgekehrt (§ 220 Abs. 1 Satz 2), wenn die Gesellschaft den ihr zunächst Haftenden zur Zahlung auffordert, seinen Rechtsvorgänger hiervon benachrichtigt, und wenn dann Zahlung binnen einem Monat nicht eingeht.

d. **Aushändigung des neuen Mitgliedscheins.** Vgl. § 219 Anm. IV. Derjenige Rechtsvorgänger, der den eingeforderten und nicht gezahlten Betrag entrichtet, hat Anspruch auf Aushändigung der neuen Urkunde Zug um Zug gegen Zahlung (§ 220 Abs. 1 Satz 3). Zahlen verschiedene Rechtsvorgänger nur je Teile des rückständigen Betrags, so ist ihnen, wenn die Zahlung gleichzeitig erfolgt, gemeinsam die Urkunde auszuhändigen; wenn dagegen die Zahlungen nacheinander erfolgen, nur demjenigen, welcher den letzten Rückstand zahlt. Der in erster Reihe Zahlungspflichtige hat seinerseits — selbst wenn die Gesellschaft nicht gegen ihn Rückgriff nehmen will — Anspruch darauf, daß die Gesellschaft ihm den Mitgliedschein gegen Zahlung des Rückstands aushändigt (Staub[8]-Pinner Anm. 9, Ring Nr. 3, Rudorff zu § 220 Abs. 1, Goldmann Nr. 14; dagegen Behrend § 120 bei Anm. 28). Man wird anzunehmen haben, daß durch Satzungsbestimmung dieser Anspruch des Rechtsvorgängers ausgeschlossen und der Gesellschaft ein Recht zu freiem Verkauf nach Verlustigerklärung eingeräumt werden kann (vgl. § 218 Abs. 2).

e. **Zeitgrenze** (§ 220 Abs. 2). Die Haftung besteht nur bezüglich der innerhalb zwei Jahren eingeforderten Beträge. Unter „Einforderung" ist die Einforderung des § 218, nicht etwa die an den Rechtsvorgänger gerichtete Zahlungsaufforderung verstanden. Ist innerhalb jener Frist eingefordert, so beginnt nunmehr die gewöhnliche Verjährungsfrist. Jene zweijährige Frist beginnt mit dem Tag (BGB. § 187 Abs. 2), an welchem die Übertragung des Anteilrechts zum Aktienbuch angemeldet wird. Wann die Eintragung im Aktienbuch erfolgt, ist unerheblich.

f. **Rückgriff des Zahlenden gegenüber seinen Nachmännern.** Ob ein Recht zu solchem Rückgriff besteht, ist im Einzelfall auf Grund des zwischen den Beteiligten bestehenden Vertragsverhältnisses zu entscheiden; in der Regel wird es vorhanden sein (vgl. auch RG. 3 164, ROH. 22 216).

III. **Verkauf des Anteilrechts.** Der Verkauf darf nur erfolgen, wenn die Zahlung des rückständigen Betrags nicht von den Rechtsvorgängern zu erlangen ist. Über die Beweislast bezüglich dieser Voraussetzung vgl. oben Anm. II c. Ob die Gesellschaft zum Verkauf schreiten will, steht in ihrem Belieben (§ 220 Abs. 3: „kann"; vgl. oben Anm. I). Der Verkauf ist keine „Ausgabe" im Sinn des § 184, ist daher auch zu einem den „Ausgabebetrag" (§ 184 Anm. I) nicht erreichenden Preis zulässig. Auch der ausgeschlossene Aktionär kann Käufer sein. Der Verkauf hat, falls ein Börsenpreis (§ 261 Anm. IV) vorhanden, freihändig zum Börsenpreis, anderenfalls durch öffentliche Versteigerung (BGB. § 383 Abs. 3, HGB. § 373 Anm. XV b) zu erfolgen. — Durch eine vor Bestehen des Anteilrechts erfolgte Versteigerung eines solchen erwirbt der Ersteher kein Anteilrecht (RG. 54 395).

IV. **Wirkung der Zahlung des Rechtsvorgängers oder des Verkaufs auf die Haftung der bisher Verpflichteten.** Das Gesetz enthält keine Bestimmung, wonach in diesen Fällen die Haftung der bisher Verpflichteten für die Zukunft erlischt. Ein Erlöschen nehmen an Staub[8]-Pinner Anm. 8, 15, Ring Nr. 3, 6, Behrend § 120 Anm. 24, Rudorff zu § 220 Abs. 1,

Goldmann Nr. 16, für den Fall des **Verkaufs** auch M. 85. Eine solche Befreiung würde dem Grundsatz, der zu der Bestimmung im § 221 Satz 1 geführt hat, widersprechen. Sie ist nicht etwa geboten dadurch, daß infolge der Verlustigerklärung die Gesellschaft als Zwischenmann eintritt, denn (§ 219 Anm. IV c) hierdurch tritt nicht etwa der Untergang des früheren und die Schaffung eines neuen Anteilrechts ein. Waren daher Anteilberechtigte nacheinander z. B. A, B, C, D, ist wegen Nichtzahlung einer Rate D ausgeschlossen, und hat, da C zahlungsunfähig, B gegen Aushändigung des Mitgliedscheins (oben Anm. II d) die Rate bezahlt (bzw. ist das Anteilrecht an Z verkauft), so ist nunmehr B (bzw. Z) Aktionär. Veräußert B (bzw. Z z. B. weiter an E, wird nunmehr eine weitere Rate eingefordert und wegen Nichtzahlung E ausgeschlossen, so hat die AG. sich zunächst an B (bzw. Z) zu halten. Ist dieser zahlungsunfähig, so kann die AG. sich nur an sich selbst als Vormann halten, wenn sie zahlungsfähig ist. Ist aber auch sie zahlungsunfähig, so steht nichts im Weg, nunmehr auch nacheinander C, B, A und auf den Ausfall bei Verkauf E und dann D in Anspruch zu nehmen. Durch das Dazwischentreten der AG. waren A, B, C (und D; § 219 Abs. 4 Satz 2) nicht frei geworden. Nur die eine Einschränkung ist zu machen, daß wenn die AG. durch die Veräußerung an Z als Gegenwert mehr erhalten hatte als den Betrag der damals rückständigen einen Rate, dieser Mehrbetrag den Rechtsvorgängern C, B und A gutzurechnen ist; durch die erste Weiterveräußerung des heimgefallenen Anteilrechts seitens der AG. beschränkt sich daher auch die Haftung dieser Rechtsvorgänger — wie nach § 219 Abs. 4 die des ausgeschlossenen D — auf eine Ausfallhaftung; denn die Rechtsvorgänger haben gegenüber der AG. nur die Haftung dafür übernommen, daß diese einmal den vollen Ausgabebetrag erhält, die AG. würde aber den Betrag doppelt erhalten, wenn der erzielte Verkaufspreis, soweit er eingeht, nicht voll auf den Ausgabebetrag angerechnet würde.

§ 221.

Erlaß. Aufrechnung.

Die Aktionäre und deren Rechtsvorgänger können von den in den §§ 211, 220 bezeichneten Leistungen nicht befreit werden. Sie können gegen diese Leistungen eine Forderung an die Gesellschaft nicht aufrechnen.

ADH. Art. 184a Abs. 3, 184b Abs. 3, 184c (219 Abs. 2). **Entw. I** § 205. **Entw. II** § 219.

I. In §§ 211, 220 bezeichneten Leistungen.
II. Befreiungsverbot.
III. Aufrechnungsverbot.
IV. Zurückbehaltungsrecht?

I. **Die in §§ 211, 220 bezeichneten Leistungen.** Durch die Bezugnahme auf § 211 ist die Verpflichtung zur Leistung der „Kapitaleinlage" nicht nur seitens des ursprünglichen, sondern auch des jeweiligen Aktionärs getroffen (D. 135). Hierzu gehört auch eine Leistung auf Grund der Ausfallshaftung seitens des gemäß § 219 ausgeschlossenen Aktionärs (§ 219 Anm. V). — Die Beschränkung des § 221 erstreckt sich nicht auf die wiederkehrenden Leistungen (und Vertragsstrafen) des § 212, ebensowenig auf etwaige andere Mitgliedschaftspflichten (§ 212 Anm. III b), ferner nicht auf Zinsen, Vertragsstrafen, Schadensersatz auf Grund der Bestimmungen in § 218 (D. 135). Auch Satz 2 § 221 weist durch die Worte „diese Leistungen" auf dieselben Grenzen des Verbots zurück (vgl. D. 135).

II. **Befreiungsverbot.**

a. **Gewillkürte** Befreiung. Nur die gewillkürte Befreiung ist verboten. Eine gegen dieses Verbot verstoßende Willenserklärung ist nichtig („können"; BGB. § 134). Da das Verbot auf öffentlichem Recht beruht, so ist auch eine entgegenstehende Satzungsbestimmung unwirksam. Unwirksam ist auch die Übernahme einer Verpflichtung seitens der Gesellschaft auf Befreiung des Aktionärs (RG. 2 41). Unerheblich ist, ob das zwischen der Gesellschaft und dem Aktionär eingegangene Rechtsgeschäft die Verpflichtung zu jener Befreiung zum Gegenstand hat oder diese Befreiung nur als Wirkung eintritt, und ob diese Wirkung unmittelbar oder nur für den Fall bestimmter Handlungen oder Unterlassungen der Gesellschaft eintreten

kann (RG. 2 41): in letzterem Fall kann allerdings die Nichtigkeit sich auf einen Teil des Rechtsgeschäfts beschränken (BGB. § 139). Eine Befreiung des Grundkapitalanteil-Übernehmers (§ 211 Anm. Ia) tritt daher auch dann nicht ein, wenn die Gesellschaft von dem Aktionär zu seinem Verkaufskommissionär bezüglich der gezeichneten Grundkapitalanteile bestellt ist und die Kommission durch Selbsteintritt ausführt (RG. 2 41); aus dem letzteren Geschäft können allerdings Ansprüche des Grundkapitalanteil-Übernehmers entstehen; sie sind aber nicht aufrechenbar gegen die „Kapitaleinlage". Der Befreiung gleich steht eine Erleichterung der Verpflichtung des Aktionärs in anderen Beziehungen. So fällt unter das Verbot des § 221 z. B. auch ein Stundungsvertrag (vgl. GmbHG. § 19); dagegen ist einseitiges Zögern mit Einforderung zulässig vorbehaltlich der Verantwortlichkeit der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat bei Verschulden (§ 218 Anm. IIa, § 219 Anm. Ia). Über Erleichterung der Verpflichtung des Aktionärs durch Abschluß eines Aufrechnungsvertrags vgl. unten Anm. IIIb. — Zulässig ist die Befreiung, wenn sie unter Beobachtung der Formen einer Herabsetzung des Grundkapitals erfolgt (§§ 288 Abs. 2, 289 Abs. 4 Satz 2). — Über Einräumung des „besonderen Vorteils" demnächstiger Rückzahlung des Eingelegten vgl. § 186 Anm. Ia 4.

b. **Nichtgewillkürte** Befreiung. Eine Befreiung kann unter Umständen ohne Zutun der Gesellschaft eintreten. So z. B. durch Zwangsvergleich im Konkurs des Aktionärs (ROH. 25 294, RG. 2 265) oder durch Tod des Aktionärs bei Überschuldung des Nachlasses und beschränkter Haftung der Erben (KB. 71). — Über Austritt des Aktionärs aus der AG. vgl. § 250 Anm. IIc 1.

c. **Befreiung durch Unmöglichwerden der Aushändigung eines Mitgliedscheins.** Der Grundkapitalanteil-Übernehmer braucht in der Regel nicht anders als gegen Aushändigung des Mitgliedscheins zu leisten (§ 179 Anm. IIa, § 220 Anm. IId). Setzt nun die AG. sich außer Stand, den Mitgliedschein zu gewähren, so fällt damit auch die Pflicht zur Leistung der Kapitaleinlage fort. Ein solches Außerstandsetzen liegt z. B. darin, daß die AG. die (gültig ausgestellte; § 209 Anm. III) Aktie, statt sie dem ursprünglichen Grundkapitalanteil-Übernehmer auszuhändigen, anderweit in eigenem Nutzen an einen Gutgläubigen verkauft (die Vertreter können strafbar nach § 312 sein) in den Fällen, in denen ein solcher gutgläubiger Käufer hierdurch das Anteilrecht erwirbt. Dieser erwirbt aber das Anteilrecht, wenn der verkaufte Mitgliedschein ein Inhaberpapier ist (zu BGB. § 796 hinter HGB. § 230) oder wenn der Mitgliedschein zwar auf Namen lautet, aber durch Indossament dem Käufer übertragen wurde (§ 222 Anm. IVc). Nicht dagegen wenn die Übertragung des Namenmitgliedscheins in anderer Weise erfolgt ist (§ 222 Anm. IVc; dagegen wohl ROH. 19 234).

III. **Aufrechnungsverbot.**

a. **Aufrechnung.** Keine verbotene Aufrechnung, sondern eine Nichtbareinlage liegt in einer unter Beachtung der Formen der §§ 186, 279 erfolgenden Vereinbarung, wonach die von der AG. für Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährende Vergütung auf die Bareinlage anzurechnen ist (§ 186 Anm. IIb). Eine unzulässige Aufrechnung liegt auch in einer versuchten Umgehung des Verbots durch Einschiebung einer Zwischenperson (RG. 41 125; vgl. jedoch RG. 25 IX 01 JW. 755[15]). Schon nach dem Recht vor 1884 wurde angenommen, daß einseitige Aufrechnung seitens des Aktionärs unzulässig sei (RG. 18 5, 19 127; dagegen ROH. 25 284).

b. **Vertrag** über Aufrechnung.

Das Verbot des § 221 Satz 2 wird von der herrschenden Meinung als dahin beschränkt verstanden, daß nur die einseitige Aufrechnung, nicht aber ein nach Fälligkeit der Gegenforderung des Aktionärs von diesem mit der AG. geschlossener Aufrechnungsvertrag unzulässig sei (Bolze 23 Nr. 576, RG. 25 IX 01 JW. 755[15], RG. 54 392, M. 86, Begr. zu GmbHG. § 19, Staub[8]-Pinner Anm. 4). Nach RG. 18 5 (auf Grund des Rechtszustands vor 1884) ist der Aufrechnungsvertrag nach Fälligkeit der Gegenforderung zulässig, „sofern nicht der Aktionär entsprechend dem derzeitigen Stand der Verhältnisse der Gesellschaft weiß oder wissen muß, daß er sich hierdurch zum Nachteil der anderen Gesellschaftsgläubiger decke und weiter vor-

behaltlich eines Anfechtungsrechts gemäß der Konkursordnung"; RG. 54 392 scheint nicht auf das Wissen oder Wissenmüssen Wert zu legen, sondern läßt die Wirkung des Aufrechnungsvertrags als Einzahlung berechtigten Zweifeln unterliegen, „wenn zur Zeit der Aufrechnung das Vermögen der Gesellschaft nicht hingereicht hätte, um ihre Schulden zu decken und sonach die aufgerechnete Forderung nicht vollwertig gewesen wäre".

Zuzugeben ist, daß § 221 Satz 2 sich nur auf die einseitige Aufrechnungserklärung des Aktionärs bezieht; diese ist daher jedenfalls unzulässig, selbst wenn sie im Einzelfall unschädlich ist für die Interessen der AG. oder ihrer Gläubiger. — Indessen fällt der Aufrechnungsvertrag unter § 221 Satz 1, wenn im Einzelfall auf diesem Weg eine Befreiung des Aktionärs von seiner Verpflichtung oder — was dem gleichsteht (oben Anm. II a) — eine Erleichterung seiner Verpflichtung herbeigeführt würde. Wollte man einen Aufrechnungsvertrag für allgemein zulässig erklären, so würde dies eine Handhabe bieten für die Umgehung eines großen Teils der Sicherungsvorschriften über Gründung bei Nichtbareinlage. Denn auf diese Weise könnte sofort nach Errichtung die Gesellschaft Vermögensgegenstände im Weg der Nachgründung (also nur unter Haftung der Beteiligten für bösliche Schädigung, § 208 Anm. III) übernehmen und gegen die hierdurch begründete fällige Forderung des Überlassers die noch ausstehenden drei Viertel der von ihm geschuldeten Bareinlage aufrechnen.

Da der Aufrechnungsvertrag nicht unter Satz 2, sondern unter Satz 1 fällt, so ist er aber — und zwar auch wenn er in Verbindung mit einer Nachgründung geschlossen wird — für nicht verboten zu erachten, falls im Einzelfall hierdurch die Verpflichtung des Aktionärs nicht erleichtert wird, wenn also der Aktionär dartut, im Einzelfall sei die Aufrechnung eine derartige gewesen, daß hierdurch weder ein Interesse gleichverpflichteter Aktionäre (§ 250 Anm. II c 4) noch ein Interesse der Gesellschaftsgläubiger, noch ein Interesse der Aktiengesellschaft verletzt sei. So, wenn die betreffende Art der Aufrechnung nach Verkehrsanschauung der Barzahlung gleichsteht (ähnlich Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 7, auch Staub[7] Anm. 4), wenn der zur Aufrechnung zugelassenen Forderung des Aktionärs keine Einwendungen entgegenstanden, und wenn diese Forderung fällig und vollwertig, die AG. also voll zahlungsfähig war. — Unzulässig jedoch ist selbst im Fall der Unschädlichkeit ein Aufrechnungsvertrag, der, weil vor Eintragung der AG. geschlossen (vgl. § 208 Anm. I a), eine nicht in die Satzung aufgenommene Nichtbareinlage enthalten würde (§ 186 Abs. 4), oder der den Vorschriften über Barzahlung des ersten Viertels der Bareinlage (§ 195 Abs. 3, § 284 Abs. 3) entgegensteht. — Für den Fall des § 19 Abs. 3 GmbHG. verneint RG. 41 124 (dagegen OLG. Celle 3 XI 02 OLGRspr. 6 192) die Zulässigkeit eines Aufrechnungsvertrags; da aber der Aufrechnungsvertrag die Nichtbareinlegung einer Forderung enthält (§ 186 Anm. II b), so ist (dagegen RG. 54 392) Abs. 3 auf alle Fälle eines Aufrechnungsvertrags anwendbar.

IV. **Kein Zurückbehaltungsrecht.** Der Art. 184c Satz 2 ADH. lautete: „Ebensowenig findet an dem Gegenstande einer zu leistenden Einlage wegen Forderungen, welche sich nicht auf dieselbe beziehen, ein Zurückbehaltungsrecht statt". Dies ist im HGB. nicht wiederholt, weil BGB. § 273 ein Zurückbehaltungsrecht überhaupt nur für Ansprüche anerkennt, die auf demselben rechtlichen Verhältnis wie die Verpflichtung des Schuldners beruhen, und weil das weitergehende kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (§§ 369 ff.) hier nicht in Frage kommt (D. 135).

§ 222.

Namenaktien: Eintragung im Aktienbuch, Übertragung.

Auf Namen lautende Aktien sind mit genauer Bezeichnung des Inhabers nach Namen, Wohnort und Stand in das Aktienbuch der Gesellschaft einzutragen.

Sie können, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, ohne Zustimmung der Gesellschaft auf Andere übertragen werden.

Die Uebertragung kann durch Indossament geschehen. In Betreff der Form des Indossaments, in Betreff der Legitimation des Inhabers und in Betreff seiner

Verpflichtung zur Herausgabe finden die Vorschriften der Artikel 11 bis 13, des Artikels 36 Satz 1 bis 4 und des Artikels 74 der Wechselordnung entsprechende Anwendung.

Zur Uebertragung von Aktien, die gemäß § 180 Abs. 3 auf einen Betrag von weniger als eintausend Mark gestellt sind, ist die Zustimmung des Aufsichtsraths und der Generalversammlung erforderlich. Die Uebertragung dieser Aktien kann nur mittelst einer die Person des Erwerbers bezeichnenden, gerichtlich oder notariell beglaubigten Erklärung erfolgen.

ADH. Art. 182 (220). **Entw. I** § 206. **Entw. II** § 220.

I. Namenaktien.
II. Eintragung im Aktienbuch.
III. Übertragbarkeit.
IV. Übertragung nicht zustimmungspflichtiger Aktien.
a. Form. b. Indossament.
V. Übertragung zustimmungspflichtiger Aktien.

I. **Namenaktien.** Die §§ 222, 223 treffen nur über Namenaktien Bestimmung. Für Inhaberaktien enthält das HGB. keine ausdrückliche Bestimmung über die Übertragung und die Führung des Berechtigungsnachweises gegenüber der Gesellschaft. Für sie sind die hierfür maßgebenden Regeln aus den allgemeinen Grundsätzen über Inhaberpapiere herzuleiten (Anhang hinter § 230).

II. **Eintragung im Aktienbuch (Abs. 1).**

a. **Verhältnis des § 222 zu § 223.** Der § 222 Abs. 1 betrifft die erstmalige Eintragung bei Namenaktien (ebenso Rudorff zu § 222 Abs. 1), der § 223 Abs. 1 die Eintragung des Übergangs. Der § 223 Abs. 3 ist nur auf die Zeit nach erfolgter Eintragung anwendbar, denn das erstmalige Entstehen des Anteilrechts im Verhältnis zur Gesellschaft ist nicht durch die Eintragung im Aktienbuch bedingt. Der § 222 Abs. 1, trotz seiner strengen Fassung, hat daher nur die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift. Nachdem einmal eine Eintragung im Aktienbuch erfolgt ist, auch eine erstmalige (§ 222 Abs. 1), ist § 223 Abs. 3 sofort anwendbar. — Sind keine Mitgliedscheine ausgegeben, so sind §§ 222—224 nicht anwendbar (vgl. § 223 Anm. I c); auch dann liegt jedoch in einer durch die Gesellschaft etwa bewirkten Eintragung einer Person als Aktionär in ein Aktienbuch ein Anerkenntnis der Gesellschaft, daß zur Zeit der Eintragung der Eingetragene sich als Aktionär ausgewiesen habe (RG. **34** 117). — Welche Folgen eintreten, wenn die AG. trotz Ausgebens von Namenmitgliedscheinen kein Aktienbuch führt und daher einen angemeldeten Übergang schuldhaft nicht einträgt, vgl. § 223 Anm. IV c 3.

b. **Inhalt der Eintragung.** Einzutragen sind Namen (= Vor- und Familiennamen, § 162 Anm. I), Stand und Wohnort „des Inhabers", d. h. des bei der ersten (oben Anm. II a) Ausgabe von Mitgliedscheinen bezw. bei Umtausch des Interimsscheins gegen die Namenaktie Anteilberechtigten. — Über Erwerb eines Anteilrechts in eigenem Namen für fremde Rechnung vgl. § 182 Anm. II c.

c. **Aktienbuch.** Vgl. Lehmann Recht d. AG. **1** 210. Als Aktienbuch wurde auch ein „Aktien-Empfangsbescheinigungsbuch" angesehen, in welchem die Interimsscheine nach ihren Nummern in der Reihenfolge und bei jedem Interimsschein der Inhaber nach Namen, Stand und Wohnort aufgeführt war, in welchem aber außerdem je bei den die einzelnen Interimsscheine betreffenden Einträgen die als Inhaber aufgeführten Personen über den Empfang quittiert hatten (RG. **41** 19). Das Aktienbuch ist kein Handelsbuch (Staub[8]-Pinner Anm. 1, Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 3; dahingestellt RG. **41** 19), denn nur ein Buch, das den in § 38 Abs. 1 genannten Zwecken dient, scheint in §§ 43 ff. unter jener Bezeichnung verstanden zu sein; es gehört aber zu den „sonst erforderlichen Aufzeichnungen" des § 43 (Staub a. a. O., Rudorff zu § 222 Einl., Lehmann a. a. O.).

III. **Übertragbarkeit (Abs. 2).** Vgl. § 179 Anm. II c. Die Übertragbarkeit der Namenaktie ist eine gleich freie wie diejenige der Inhaberaktie; nur die Form der Übertragung ist eine andere. Bei Namenaktien kann jedoch durch Satzungsbestimmung die Übertragbarkeit beschränkt werden (§ 179 Anm. II c 2).

IV. Übertragung von Namenaktien, deren Übertragung nicht an Zustimmung der Gesellschaft gebunden (Abs. 3).

a. **Übertragung.**

1. Forderungsrechtliche oder sachenrechtliche Übertragungsform?

Der § 222 Abs. 3 Satz 1 hebt hervor, die Übertragung könne durch Indossament (unten Anm. IV b) geschehen. Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß sie auch in anderer Weise geschehen kann. In welcher Weise, kann zweifelhaft sein.

Herrschende Meinung ist, daß eine Übertragung in Form einer Abtretung (vgl. § 105 Anm. I f 2) zulässig sei. So auch RG. 4 XI 95 JW. **96** 6 [22]: „Der Mangel eines Indossaments oder einer Abtretung ist nicht ein Formmangel des Veräußerungsgeschäfts, sondern der Mangel eines absolut notwendigen Erfordernisses des Eigentumserwerbs." Vgl. auch § 223 Abs. 2: „Abtretungserklärungen", wobei indessen zweifelhaft, ob mit diesem Wort nur auf den Sonderfall des § 222 Abs. 4 Bezug genommen ist. (Für den Fall des Wechsels vgl. ROH. **11** 253, **19** 328; für den Fall des Schecks vgl. RG. **41** 4.)

In unvereinbarem Gegensatz mit jener Ansicht stehen andere Entscheidungen, in denen gesagt ist, daß für die Übertragung von Namenaktien (oder allgemein von Aktien, ohne Unterschied, ob auf Namen oder Inhaber) die Regeln über Eigentumserwerb an beweglichen Sachen maßgebend sind (ROH. **19** 233, RG. **21** 157, **27** 53), und welche auch die Namenaktie für den „Träger der Forderung" erklären (§ 179 Anm. IV b). Ebenso auch D. 227, wonach Wertpapiere nach sachenrechtlichen Grundsätzen übertragbar sind, verglichen mit D. 10, wonach Aktien aller Art Wertpapiere sind (§ 179 Anm. IV b).

Ist die Abtretung wirksam, so kann bei einem Widerstreit zwischen dem durch Abtretung des Anteilrechts und dem durch Übergabe der Aktie nach Eigentumsübertragungs-Einigung Berechtigten der erstere von dem zweiten die Herausgabe der Aktie fordern. Wäre dagegen die sachenrechtliche Übertragung wirksam, so würde umgekehrt der zweite von dem ersten die Abgabe der Erklärungen fordern können, die etwa für den gegenüber der Gesellschaft zu führenden Berechtigungsnachweis erforderlich sind. In jenem ersten Fall ist die Namenaktie Zubehör des Anteilrechts, in letzterem Fall wäre das Anteilrecht Zubehör der Namenaktie. Im zweiten Fall würde eine etwa vorhandene Abtretung überhaupt nicht als solche, sondern nur insoweit in Betracht kommen, als in ihr eine Einigung über Übertragung des Eigentums an der Aktie liegt; es läßt sich daher auch nicht etwa die Ansicht aufstellen, daß sowohl eine Übertragung durch Abtretung, wie auch eine Übertragung nach sachenrechtlichen Grundsätzen zulässig sei; eins schließt vielmehr das andere aus.

Bei diesem Widerstreit ist der ersteren Ansicht der Vorzug zu geben, wonach eine Übertragung des durch die Namenaktie verbrieften Anteilrechts außer durch Indossament nur durch Abtretung und nicht auch durch sachenrechtliche Übertragung der Namenaktie zulässig ist. Denn das BGB. regelt die Übertragung nach sachenrechtlichen Grundsätzen nur bei Sachen und setzt darüber hinaus eine sachenrechtliche Übertragung eines verbrieften Rechts nur im Fall der Verbriefung durch Inhaberpapier voraus (BGB. § 935 Abs. 2, § 1293; vgl. auch § 1381, § 1814 Satz 3). Dagegen findet sich im BGB. keine Erwähnung der Möglichkeit einer sachenrechtlichen Übertragung (vgl. jedoch über Verpfändung BGB. § 1292) des durch Namenpapier verbrieften Rechts, und die im HGB. geregelte Ausnahme der Verfügungspapiere (§§ 424, 450, 647) kommt für die Namenaktie nicht in Betracht. Daher bleibt es für die Namenaktie bei der Regel (BGB. §§ 398, 413), daß — abgesehen von der Möglichkeit des Indossaments — Rechte nur durch Abtretung übertragen werden können. Allerdings scheidet sich dann in dieser grundlegenden Beziehung die Namenaktie von der Inhaberaktie (über eine Abschwächung des Unterschieds im Verhältnis zur Gesellschaft vgl. § 223 Anm. I c).

Daß nicht die sachenrechtliche Übertragung des Papiers, sondern die Übertragung des Forderungsrechts das Entscheidende ist, folgt auch aus BGB. § 952:

„Das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine steht dem

Gläubiger zu. Das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein.

Das Gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe."

Nur auf Inhaberpapiere (BGB. § 935 Abs. 2 u. a.), insbesondere auch auf den Inhaber-Grundschuldbrief und -Rentenbrief (Planck[2] § 952 Anm. 2b), ist BGB. § 952 nicht anwendbar. Dagegen steht nach BGB. § 952 das Eigentum an dem Namen-Mitgliedschein dem betreffenden Anteilberechtigten zu, nicht umgekehrt (vgl. auch § 365 Anm. III). Daher überträgt die Abtretung das durch Namenaktie verbriefte Anteilrecht auch ohne Übergabe des Papiers (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 7, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 9, Hahnloser 71, Haselberger Stimmrecht 11); nur über das Verhältnis zur Gesellschaft enthält § 223 eine teilweise abweichende Regelung.

2. Verpfändung. Die Bestellung eines Pfandrechts kann, wenn die zu 1 entwickelte Ansicht zutreffend ist, wahlweise gemäß BGB. §§ 1280 ff. oder § 1292 erfolgen. Da die Abtretung des Anteilrechts auch ohne Übergabe des Namenmitgliedscheins wirksam ist (oben zu 1), so ist BGB. § 1274 Abs. 1 Satz 2 nicht anwendbar (dagegen Planck[2] § 1292 Anm. 5). Über die nach früherem Recht gegenüber der Gesellschaft eintretende Wirkung bei einer Verpfändung von Namenaktien, wenn Gewinnanteilscheine nicht ausgegeben, vgl. RG. 42 155.

b. **Indossament insbesondere.** Wird für die Übertragung die Form des Indossaments gewählt, so kommt betreffs der Form des Indossaments WO. Art. 11—13, und (was im HGB. neu hinzugefügt, D. 136) bezüglich des Berechtigungsnachweises des Inhabers und seiner Verpflichtung zur Herausgabe WO. Art. 36 Satz 1—4 und Art. 74 zu entsprechender Anwendung. Über die so zur Anwendung kommenden Vorschriften der WO. vgl. § 365 Anm. I—III. Der in § 222 Abs. 2 nicht in Bezug genommene Art. 36 Satz 5 WO. ist inhaltlich in § 223 Abs. 2 aufgenommen. Über den Begriff des Indossaments, dessen Übertragungswirkung und die gegenüber dem Indossatar zulässigen Einreden vgl. § 364 Anm. I—III.

c. **Schutz des guten Glaubens.** Die Denkschrift 136 bemerkt: nach früherem Recht habe der gutgläubige Erwerber einer dem Veräußerer nicht gehörenden Namenaktie des Schutzes entbehrt (vgl. RG. 22 185); diese Lücke sei nunmehr durch Bezugnahme auf WO. Art. 36, 74 ergänzt. Hieraus geht zunächst hervor, daß die Denkschrift an dieser Stelle (anders D. 227) nicht die sachenrechtlichen Grundsätze der Übertragung für anwendbar erachtet. Dann ist aber unzutreffend, daß die Lücke jetzt nicht mehr bestehe; sie ist für den Fall der Übertragung durch Indossament ausgefüllt (§ 365 Anm. III); für den Fall der Übertragung durch Abtretung besteht sie nach wie vor. — Der § 222 Abs. 3 setzt voraus, daß der Mitgliedschein, auf den das Indossament gesetzt wird, gültig ausgestellt war. War der Mitgliedschein nicht gültig ausgestellt, so wird durch das auf ihn gesetzte Indossament kein Anteilrecht übertragen (vgl. § 209 Anm. III). — Der Art. 82 WO. ist nicht für anwendbar erklärt; Einwendungen der AG. gegenüber dem Erwerber aus den Verpflichtungen des Veräußerers sind daher nicht ausgeschlossen (CosackHR. § 117 II 2d); ob hierin durch Eintragung des Erwerbers in das Aktienbuch eine Änderung eintritt, vgl. § 223 Anm. IV d.

V. **Übertragung von Namenaktien, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden (Abs. 4).** Vgl. § 179 Anm. II c 2.

a. **Regel.** Für die Übertragung auch dieser Aktien gelten keine schwereren Vorschriften als allgemein für die Übertragung von Namenaktien (oben Anm. IV); nur muß die Zustimmung der Gesellschaft, also im Zweifel die vom Vorstand namens der Gesellschaft zu erklärende Zustimmung (§ 179 Anm. II c 2) hinzukommen. — Mangelt die erforderliche Zustimmung der Gesellschaft, so wirkt — wenn dies als für diesen Fall gewollt anzunehmen (BGB. § 140, Hahnloser 102) — eine sonst formgültige Übertragung dennoch im Verhältnis des Veräußerers zum Erwerber in gewissem Umfang (RG. 26 88; dagegen RG. 41 7), nämlich in demselben Umfang wie eine Übertragung des Anteils eines offenen Handelsgesellschafters ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter (§ 105 Anm. I f 2, 3; vgl. OLG.

Dresden 29 X 94 ZHR. 47 111). — Die Einräumung eines Vorkaufsrechts zum Nennwert bei Veräußerung an einen Nichtgesellschafter erscheint zulässig (so RG. 49 149 für die GmbH.).

b. **Ausnahme: Kleinaktien gemäß § 180 Abs. 3.** Die Tragweite des § 222 Abs. 4 ist auf diese Ausnahme beschränkt; auch § 222 Abs. 4 Satz 2 weist durch die Worte „dieser Aktien" auf das „Aktien von weniger als 1000 Mk." in Satz 1 zurück. Die Bezugnahme auf § 180 Abs. 3 bezeichnet, daß die Erschwerung nicht für alle Arten von Kleinaktien, sondern nur für diejenigen, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft ist, gelten soll. Die Erschwerung ist eine doppelte: die „Zustimmmung der Gesellschaft" wird an sachlich erschwerende Voraussetzungen geknüpft, und die Übertragungsform ist eine erschwerte.

1. Zustimmung der Gesellschaft. Was in § 180 Abs. 3 „Zustimmung der Gesellschaft" genannt ist, wird in § 222 Abs. 4 Satz 1 als „Zustimmung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung" erläutert. Ob zu den Beschlußfassungen des Aufsichtsrats und der Generalversammlung noch eine nach außen abzugebende Erklärung des Vorstands hinzukommen muß (verneinend Ring § 222 Nr. 5, Hahnloser 98), vgl. § 250 Anm. IV c. Keinesfalls aber ist wirksam die vom Vorstand ohne Vorhandensein der Zustimmungsbeschlüsse von Generalversammlung und Aufsichtsrat abgegebene Zustimmungserklärung, insbesondere auch nicht eine durch den Vorstand auf Antrag des Aktionärs (gemäß förmlich gültiger Übertragungshandlung; unten zu 2) erfolgte Eintragung des Übergangs in das Aktienbuch RG. 41 9 gegen RG. 41 17). Über die Wirkung einer Übertragung bei mangelnder Zustimmung vgl. oben Anm. V a. — Der Aktionär, falls er ein Recht auf Zustimmungserteilung hat, und Aufsichtsrat oder Generalversammlung die Zustimmung weigern, hat doch seine Klage nur gegen die „Gesellschaft vertreten durch den Vorstand" zu richten.

2. Übertragungsform. Zugelassen ist ausschließlich eine die Person des Erwerbers bezeichnende, gerichtlich oder notariell beglaubigte Erklärung. Nicht zulässig ist mithin eine unbeglaubigte, nicht zulässig eine Blankoerklärung; zulässig jedoch ein die Person des Erwerbers bezeichnendes beglaubigtes Indossament (dagegen D. 138 und auf Grund der früheren etwas abweichenden Fassung RG. 36 38). Ist die Form nicht beobachtet, so ist das Rechtsgeschäft nichtig (BGB. § 125), mithin nicht nur im Verhältnis des Veräußerers zum Erwerber wirkungslos, sondern auch im Verhältnis zu jedem Dritten, z. B. gegenüber der Gesellschaft (dagegen RG. 41 17). Eine auf Grund einer derart nichtigen Übertragung erklärte Zustimmung der Gesellschaft (ausdrückliche oder stillschweigende durch Eintragung in das Aktienbuch) bleibt wirkungslos (RG. 41 9; vgl. auch RG. 19 194; dagegen RG. 41 17), denn da das Anteilrecht des früheren Berechtigten nicht durch eine nichtige Übertragung verloren gegangen ist, so würde die Zubilligung eines Anteilrechts an den Erwerber auf die (unzulässige § 179 Anm. III a) Schaffung eines neuen Anteilrechts hinauskommen.

§ 223.

Aktienbuch; Anmeldung des Übergangs, Wirkung der Eintragung.

Geht eine auf Namen lautende Aktie auf einen Anderen über, so ist dies, unter Vorlegung der Aktie und des Nachweises des Ueberganges, bei der Gesellschaft anzumelden und im Aktienbuche zu vermerken.

Die Echtheit der auf der Aktie befindlichen Indossamente oder der Abtretungserklärungen zu prüfen, ist die Gesellschaft nicht verpflichtet.

Im Verhältnisse zu der Gesellschaft gilt nur derjenige als Aktionär, welcher als solcher im Aktienbuche verzeichnet ist.

ADH. Art. 183 (220). **Entw. I** § 207. **Entw. II** § 221.

I. **Anmeldung.** Über die in Preußen in bestimmten Fällen eintretende Stempelpflicht vgl. Pr. Stempelsteuerg. 31 VII 95 (GS. 413) Tarif Nr. 2 Abs. 3, RG. 43 240.

a. **Zur Anmeldung berechtigt** ist, da in § 223 keine Beschränkung enthalten, sowohl der bisher Berechtigte (dagegen Hahnloser Namenaktie 29, Goldmann Nr. 2; einschränkend, unter sich verschieden, auch Ring Nr. 3, Staub⁸-Pinner Anm. 2) wie auch der neu Berechtigte. Der erstere jedoch nur im Fall eines Übertragungsvertrags, da die Eintragung den Erwerber nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. — Nach Pfändung der Namenaktie kann der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgericht zur Anmeldung zum Aktienbuch an Stelle des Schuldners ermächtigt werden (CPO. § 822). — Der Anspruch auf Eintragung des Erwerbers in das Aktienbuch wird auf seiten des bisher Eingetragenen als Sonderrecht (§ 250 Anm. IIc 2), auf seiten des Erwerbers als ein auf Verschaffung der Mitgliedsberechtigung im Verhältnis zur Gesellschaft gerichtetes Gläubigerrecht aufzufassen sein.

b. **Übergang** ist ein weiterer Begriff als „Übertragung" (§ 200 Anm. IIIa) und umfaßt namentlich auch den Fall des Erwerbs durch Erbanfall. Die Fassung des früheren Art. 183 Abs. 1 ADH.: „Wenn das Eigentum der auf Namen lautenden Aktie .... übergeht" wurde durch die Reichstagskommission in die jetzige Fassung geändert, ohne daß im KB. 70 eine Begründung gegeben ist. Hierbei handelt es sich wohl lediglich um eine Fassungsänderung (dagegen Simon in Festg. f. Wilke 292), vielleicht mit Rücksicht darauf, daß an einem durch Namenaktien verbrieften Anteilrecht kein „Eigentum" im Sinn des BGB. bestehen kann (§ 222 Anm. IVa 1). Sachliche Folgerungen über die Beschaffenheit des der Gesellschaft nachzuweisenden Übergangs lassen sich aus jener Änderung wohl nicht (wie Esser Anm. 1 versucht) ableiten.

c. **Vorlegung der Aktie.** Durch die Bestimmung, daß die Aktie vorgelegt werden muß, wird die Wirksamkeit einer Abtretung ohne Übergabe (§ 222 Anm. IVa 1) dahin abgeschwächt, daß der Abtretungsempfänger sich erst in den Besitz der Urkunde setzen muß, ehe er gegenüber der Gesellschaft die Eintragung in das Aktienbuch fordern und mithin zur Ausübung des Anteilrechts gelangen kann. — Aus dieser Bestimmung ergibt sich ferner, daß der § 223 nicht anwendbar ist, solange Mitgliedscheine überhaupt nicht ausgegeben sind (RG. **34** 117, KGJ. **14** 32, Bolze **10** Nr. 543); ob nichtverbriefte Anteilrechte übertragbar sind, vgl. § 179 Anm. IIc.

d. **Nachweis des Übergangs.** Für den Nachweis ist keine bestimmte Form vorgeschrieben. Nicht etwa ist § 12 entsprechend anwendbar. Ob der Übergang nur unter bestimmten Formen stattfinden kann (und mithin zu dessen Nachweis Urkunden vorgelegt werden müssen; vgl. RG. **40** 83), ist nach den besonderen für die verschiedenen Fälle eines Übergangs bestehenden Vorschriften zu entscheiden. Für einen Fall des Übergangs, den Fall der Übertragung, enthält § 222 die in Betracht kommenden Vorschriften. Ein Blankoindossament auf einer Namenaktie genügt; da es aber von dem letzten im Aktienbuch Eingetragenen herrühren muß, so kann jedes einzelne Blankoindossament nur einmal als Grundlage für die Eintragung eines neuen Erwerbers im Aktienbuch benutzt werden.

II. **Prüfungspflicht der Gesellschaft.** Die Gesellschaft ist verpflichtet, die überreichten Urkunden oder die sonstigen Nachweise dahin zu prüfen, ob sie den erfolgten Übergang an den neu Einzutragenden dartun. Der § 223 Abs. 2 enthält jedoch die (an WO. Art. 36 Satz 5 sich anlehnende) Erleichterung, daß die Gesellschaft nicht die Echtheit der auf der Aktie befindlichen Indossamente oder der Abtretungserklärungen zu prüfen verpflichtet sei. Sie ist berechtigt, auch in diese Prüfung einzutreten (ebenso Esser Anm. 2), jedoch im Fall einer Übertragung durch Indossament nur mit der Maßgabe, die sich durch die Bezugnahme auf WO. Art. 36 Satz 1—4 in § 222 Abs. 3 ergibt. Die Erleichterung ist beschränkt auf die Prüfung der Echtheit; dagegen bleibt mit der vorstehenden Maßgabe die Gesellschaft verpflichtet z. B. zur Prüfung der Geschäftsfähigkeit des Ausstellers, der Vertretungsmacht unterzeichnender Vertreter; ferner ist sie verpflichtet (D. 136) zur Prüfung des Zusamenhangs der Indossamente.

III. **Vermerk im Aktienbuch.** Für den Vermerk ist keine bestimmte Form vorgeschrieben; doch wird für den Inhalt des Vermerks § 222 Abs. 1 entsprechend (§ 222 Anm. IIa) anzuwenden sein, ohne daß jedoch ein Verstoß Nichtigkeit zur Folge hat. Geht das Anteilrecht auf mehrere Mitberechtigte über, so sind alle einzutragen. Daß auch der bestellte gemeinschaftliche Vertreter

(§ 225 Abs. 1) eingetragen werde, ist nicht notwendig (ebenso Ring § 225 Nr. 2, Goldmann § 225 Nr. 3; dagegen Staub⁸-Pinner § 225 Anm. 12, Pinner § 225 Anm. VI, Wolff in Festg. f. Wilke 339) und hat, wenn geschehen, nicht die dem § 223 Abs. 3 entsprechende Wirkung. Aktienbuch vgl. § 222 Anm. IIc.

IV. **Wirkung des Verzeichnens im Aktienbuch** (§ 223 Abs. 3).

a. **„Im Verhältnis zur Gesellschaft.“** Das Verzeichnen im Aktienbuch beeinflußt nur das Verhältnis zur Gesellschaft. Dies Verhältnis aber auch, soweit es für Rechte Dritter in Betracht kommt (z. B. das Recht zu verlangen, daß der Nichteingetragene von der Teilnahme an Abstimmungen ausgeschlossen wird). Diese Redewendung ist daher weitertragend als etwa die Worte „der Gesellschaft gegenüber“ (Rudorff zu § 223 Abs. 3). Der Übergang an sich ist nicht durch die Eintragung bedingt. Insbesondere auch nicht der Übergang durch Übertragung. Die Übertragung äußert vielmehr auch vor der Eintragung volle Wirkung im Verhältnis des Übertragenden zum Erwerber. Über den Sonderfall, daß Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung erforderlich ist, vgl. § 222 Anm. Va.

b. **„Gilt“**, d. h. er ist als Aktionär anzusehen und ist mithin als solcher berechtigt und verpflichtet, selbst wenn er nicht Aktionär ist. (An anderen Stellen hat „gilt“ eine abweichende Bedeutung, vgl. § 6 Anm. III.) Ein Gegenbeweis ist unzulässig. Daher ist unerheblich auch das Wissen der Gesellschaft vom Gegenteil, falls nur das „Verzeichnen“ (unten Anm. IVe) ordnungsmäßig erfolgt ist.

c. **„Nur derjenige“.**

1. Nur. Da der § 223 Abs. 3 auf jedes (auch erstmalig, § 222 Anm. IIa) eingetragene Anteilrecht, über welches eine Namenaktie ausgegeben ist, und andererseits nur auf überhaupt eingetragene Anteilrechte anwendbar ist, da ferner die Anzahl der Anteilrechte begrenzt ist, und der Eingetragene jedenfalls als Aktionär gilt, so ist selbstverständlich, daß weder statt seiner noch außer ihm ein anderer als Aktionär gelten kann. Das „nur“ ist daher ohne besondere Bedeutung (RG. 53 106). — Wer die Namenaktie in Besitz hat, ist gleichgültig für die Frage, wer Aktionär ist (RG. 3 163, 37 115; für das innere Verhältnis des Erwerbers zum Veräußerer vgl. auch § 222 Anm. IVa). — Die Wirkung des Eingetragenseins wird nicht dadurch aufgehoben, daß der AG. und ihren Behörden bekannt ist, daß der Eingetragene sein Anteilrecht weiterveräußert hat (OLG. Cöln 10 V 05 OLGRspr. 11 384). Auch nicht dadurch, daß die AG. den nichteingetragenen Erwerber zur Ausübung von Mitgliedrechten zugelassen hat (OLG. Cöln a. a. O.).

2. Verpflichtung der AG. Die Gesellschaft ist nicht bloß berechtigt (RG. 53 106), sondern verpflichtet, dem Nichteingetragenen die Ausübung der Mitgliedrechte zu verweigern (D. 136; dagegen nach früherem Recht ROH. 23 100). — Dies auch, wenn Vollzahlung bereits stattgefunden hat (D. 136). So kann die Teilnahme eines nicht eingetragenen Aktienbesitzers an der Generalversammlung die Anfechtung der gefaßten Beschlüsse ermöglichen (D. 136; vgl. § 271 Anm. IIIb). Andererseits ist die Nichtzulassung eines Nichteingetragenen zum Stimmen kein Anfechtungsgrund (RG. 53 106). — Deshalb genügt zum Nachweis der Berechtigung zum Stimmen in der Generalversammlung nicht der Nachweis über die Eigenberechtigung an Namenaktien, sondern nur der Nachweis über die Eintragung des Stimmenden im Aktienbuch (ebenso Simon in Festg. f. Wilke 263, Staub⁸-Pinner Anm. 7, Hahnloser 35; dagegen OLG. Dresden 27 II 86 ZHR. 35 237).

3. Schuldhafte Nichteintragung. Zweifelhaft ist, ob § 223 Abs. 3 auch dann anwendbar ist, wenn trotz ordnungsmäßiger Anmeldung die Gesellschaft schuldhaft nicht einträgt. Das Reichsgericht läßt in solchem Fall den schuldhaft nicht Gelöschten auch künftig als Aktionär gelten (RG. 53 106, RG. 24 I 06 JW. 177[26]); auch ein Schadensersatzanspruch wäre nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts wohl nicht in allen Fällen gegeben (vgl. § 182 Anm. IId 3). Jener Ansicht des Reichsgerichts ist jedoch nicht beizutreten, sondern in entsprechender Anwendung des BGB. § 162 Abs. 1 (RG. 58 409) der von der Gesellschaft schuldhaft vereitelte Eintritt einer anspruchbegründenden oder haftungbefreienden Tatsache als geschehen anzusehen. Über den umgekehrten Fall der schuldhaften Eintragung vgl. unten zu e. — Die Tatsache allein, daß die AG. kein Aktienbuch angelegt hat, befreit

aber den Aktionär, der nach Weiterübertragung seines Anteilrechts den Erwerber zum Ersthaftenden machen will, nicht von der Notwendigkeit der Anmeldung behufs Eintragung ins Aktienbuch (OLG. Cöln 10 V 05 OLGRspr. 11 384). Doch wird nicht verlangt werden dürfen, daß, wenn die AG. daraufhin nicht einträgt, der Aktionär durch Klage und Vollstreckung die Eintragung durchsetzen müsse (dagegen OLG. Cöln a. a. O.).

d. **„Aktionär“.** Die in § 223 Abs. 3 aufgestellte unwiderlegbare Vermutung geht nur dahin, daß der Eingetragene und kein anderer der jetzige Aktionär ist. Sie erstreckt sich nicht auf die Frage, wer früher Aktionär war. Mithin ist für letztere Frage auch im Verhältnis zur Gesellschaft maßgebend, wem wirklich das Anteilrecht zustand, auch wenn dieser nicht im Aktienbuch eingetragen war (RG. 41 16); für den Rückgriff enthält jedoch § 220 Abs. 1 eine Sonderbestimmung. — Die unwiderlegbare Vermutung des § 223 Abs. 3 erstreckt sich aber ferner auch nicht darauf, daß der neu Eingetragene Rechtsnachfolger des früher Eingetragenen ist; durch die Eintragung wird er Aktionär aus eigenem Recht mit den Rechten und Pflichten, die sich aus dem Anteilrecht an sich nach Gesetz und Satzung ergeben, aber ohne Rücksicht auf etwaige persönliche, von ihm nicht übernommene Rechte oder Pflichten des Rechtsvorgängers, z. B. ohne Rücksicht darauf, ob die Eintragung des Rechtsvorgängers von diesem angefochten werden konnte (RG. 3 163; vgl. BGB. § 144 Abs. 1). — Endlich erstreckt sich nach dem Wortlaut des § 223 Abs. 3 die Vermutung auch nicht darauf, daß der als Aktionär Eingetragene unbeschränkt hafte. Vermerke im Aktienbuch über etwaige Beschränkung der Haftung sind nicht vorgeschrieben. Durch die Eintragung ohne solchen Vermerk wird in Ansehung der vorher fälligen Leistungen (§ 225 Anm. III) ein etwaiges Beschränktsein der Haftung nicht aufgehoben. So z. B. bei Eintragung von Miterben (§ 225 Anm. III; dagegen herrschende Meinung), bei Eintragung eines einzelnen Erben, bei Eintragung des Gemeinschuldners nach Konkurseröffnung.

e. **„Verzeichnet“.** Nur dasjenige Verzeichnen hat die in § 223 Abs. 3 bestimmte Wirkung, welches ordnungsmäßig erfolgt ist. Die Gesellschaft kann sich nicht auf eine von ihr unberechtigter Weise bewirkte Eintragung berufen (D. 136). Insbesondere muß der Antrag eines zur Anmeldung Berechtigten (oben Anm. I a) vorgelegen haben (Bolze 10 Nr. 543); ob gegenüber der Anmeldung des Erwerbers die AG. Einwendungen erheben darf, die ihr gegenüber dem Veräußerer zustanden, vgl. § 222 Anm. IV c. Daß die Eintragung eine ordnungsmäßige war, ist im Verhältnis der Gesellschaft zum Eingetragenen — bis zum Gegenbeweis — anzunehmen, wenn der Eingetragene von der erfolgten Eintragung Kenntnis hatte und nicht widersprach (RG. 3 164; dagegen, wie es scheint, Bolze 10 Nr. 543). Die Gesellschaft kann die Eintragung aus gleichen Gründen wie andere Rechtshandlungen anfechten, z. B. wegen Täuschung durch Vorlegung von Scheinabtretungen (BGB. § 123; ebenso Ring Nr. 6, Staub[8]-Pinner Anm. 10; dahingestellt RG. 40 83); doch liegt in einer Abtretung zu treuer Hand keine Scheinabtretung (§ 252 Anm. II a). Durch die (von den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft bewirkte) Eintragung wird weder eine Nichtigkeit der Übertragungserklärung geheilt (§ 222 Anm. V b 2), noch eine etwa mangelnde Zustimmung des Aufsichtsrats oder der Generalversammlung zur Übertragung unschädlich gemacht (§ 222 Anm. V b 1).

§ 224.

Interimsscheine: Eintragung im Aktienbuch, Übergang.

Die Vorschriften der §§ 222, 223 finden auch auf die Eintragung der Interimsscheine und deren Uebergang auf Andere Anwendung.

ADH. Art. 220. **Entw. I** § 208. **Entw. II** § 222.

Interimsschein vgl. § 179 Anm. V. Die Interimsscheine müssen stets auf Namen lauten. Die §§ 222, 223 sind daher auch auf diejenigen Interimsscheine anwendbar, die als vorläufiger Ersatz demnächst einzutauschender Inhaberaktien ausgegeben sind (RGJ. 14 31).

§ 225.

Mitberechtigung am Anteilrecht.

Steht eine Aktie mehreren Mitberechtigten zu, so können sie die Rechte aus der Aktie nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben.

Für die auf die Aktie zu bewirkenden Leistungen haften sie als Gesammtschuldner.

Hat die Gesellschaft eine Willenserklärung dem Aktionär gegenüber abzugeben, so genügt, falls ein gemeinschaftlicher Vertreter der Mitberechtigten nicht vorhanden ist, die Abgabe der Erklärung gegenüber einem Mitberechtigten. Auf mehrere Erben eines Aktionärs findet diese Vorschrift nur in Ansehung von Willenserklärungen Anwendung, die nach dem Ablauf eines Monats seit dem Anfalle der Erbschaft abgegeben werden.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** § 223.

I. **Mitberechtigung.** Durch Aufnahme der Bestimmung des § 225 sollte nur klargestellt werden, daß eine Mitberechtigung mehrerer an einem Anteilrecht überhaupt möglich sei (D. 137). Dagegen ist aus § 225 nichts darüber zu folgern, auf welche verschiedenen Weisen solche Mitberechtigung geschaffen werden kann. Die Entscheidung hierüber ist vielmehr nur aus der Auslegung des § 179 Abs. 1 entnehmbar. Nimmt man an, daß — soweit das Verhältnis zur Gesellschaft in Betracht kommt — nach § 179 Abs. 1 die freiwillige Veräußerung des Anteilrechts an eine Mehrheit von Mitberechtigten unwirksam ist (§ 179 Anm. IIIb; dagegen herrschende Meinung), so kann § 225 nur zur Anwendung kommen in Fällen, in denen die Mitberechtigung ohne Zutun der neu Berechtigten geschaffen ist, z. B. durch Erbanfall (D. 137), durch Vermischung von Inhaberaktien (BGB. § 948), durch Überweisung seitens der AG. in Anrechnung auf Spitzen bei Ausübung des Bezugsrechts (§ 282 Anm. IIc). — Der § 225 ist entsprechend anwendbar auf den Fall des Vorhandenseins mehrerer gesamtvertretungsberechtigter gesetzlicher Vertreter eines Berechtigten und auf den Fall, daß von mehreren einzelvertretungsberechtigten gesetzlichen Vertretern tatsächlich mehrere das Recht auszuüben versuchen (dagegen Simon in Festgabe f. Wilke 271).

II. **Ausübung der Rechte (§ 225 Abs. 1).** Die auf dem Anteilrecht beruhenden Rechte sind durch einen gemeinschaftlichen Vertreter auszuüben (vgl. § 146 Abs. 1 Satz 2). Auch einer der Mitberechtigten kann von den anderen hierzu bestellt werden. So lange ein gemeinschaftlicher Vertreter nicht bestellt ist, ruht die Ausübung des Anteilrechts.

III. **Haftung für Verbindlichkeiten (§ 225 Abs. 2).** Für die auf das Anteilrecht zu bewirkenden Leistungen haften alle Mitberechtigten als Gesamtschuldner (BGB. §§ 421 ff.). Als Ansicht der Reichstagskommission wurde festgestellt, daß, wenn ein Aktionär sterbe und mehrere Erben hinterlasse, diese als Gesamtschuldner haften, jedoch nur innerhalb der durch die Grundsätze des BGB. über die Haftung der Erben gezogenen Schranken (KB. 71). Dies ist für zutreffend zu erachten. Und zwar selbst dann, wenn die Erben mit ihrem Willen ohne Hinweis auf die Miterbeneigenschaft in das Aktienbuch eingetragen worden sind (§ 223 Anm. IVd; dagegen Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 6, Staub⁸-Pinner Anm. 9). Machen jedoch die Erben von der Beschränkung ihrer Haftung gegenüber der Einforderung eines Teils der „Kapitaleinlage" (§ 211 Anm. II) Gebrauch, so kann die Gesellschaft die Verlustigerklärung bewirken (§ 218 Anm. III). Und überhaupt ist die Beschränkung der Haftung nur bezüglich derjenigen Leistungen zuzugestehen, die vor dem Erbanfall fällig geworden sind, denn für später fällig werdende Leistungen haftet der Erbe auf Grund seiner eigenen damals bestehenden Mitgliedschaft unbeschränkt als Gesamtschuldner; durch eine gegenteilige Entscheidung würde das Recht der anderen Aktionäre auf gleiche Behandlung aller Mitglieder (§ 250 Anm. IIc 4) verletzt.

IV. **Abgabe von Willenserklärungen der Gesellschaft gegenüber den Mitberechtigten (§ 225 Abs. 3).** Ist ein gemeinsamer Vertreter bestellt, so ist eine ihm gegenüber (oder wohl auch eine nicht ihm, aber allen Mitberechtigten gegenüber) abgegebene Willenserklärung der Gesellschaft genügend. Ist kein gemeinschaftlicher Vertreter bestellt, so genügt die Abgabe der Erklärung gegenüber einem Mitberechtigten (vgl. § 125 Anm. III c). Beruht die Mitberechtigung auf gemeinsamer Beerbung, so muß jedoch während des ersten Monats nach Erbanfall (BGB. §§ 1942, 1953 Abs. 2, 2139) die Willenserklärung, wenn kein gemeinsamer Vertreter bestellt ist, gegenüber allen damaligen (BGB. §§ 1959 Abs. 3, 2100) Erben abgegeben werden.

V. **Bestellung des Vertreters.** Die Bestellung ist an keine Form gebunden. Erfordert ist auch nicht eine Anzeige an die Gesellschaft (Goldmann Nr. 3; dagegen Staub Anm. 6). Indessen kann das Vorhandensein eines Vertreters nicht gegenüber der Gesellschaft geltend gemacht werden, solange diese nicht Kenntnis davon erlangt hat. Ob der Vertreter in das Aktienbuch einzutragen, vgl. § 223 Anm. III.

§ 226.

Erwerb oder Pfandnahme eigener Anteilrechte.

Die Aktiengesellschaft soll eigene Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe, sofern nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird, weder erwerben noch zum Pfande nehmen.

Eigene Interimsscheine kann sie im regelmäßigen Geschäftsbetrieb auch in Ausführung einer Einkaufskommission weder erwerben noch zum Pfande nehmen. Das Gleiche gilt von eigenen Aktien, auf welche der Nennbetrag oder, falls der Ausgabepreis höher ist, dieser noch nicht voll geleistet ist.

ADH. Art. 215d Abs. 1. **Entw. I** § 209. **Entw. II** § 224.

I. **Erwerb oder Pfandnahme im regelmäßigen Geschäftsbetrieb.**

a. **Erwerb.** Hierunter ist nicht sowohl die Erlangung des Anteilrechts, als vielmehr der auf die Erlangung des Anteilrechts zielende Erwerbs**vertrag** zu verstehen (vgl. unten Anm. I b, § 22 Anm. I a 2, § 208 Anm. I a; **dagegen** ROH. 22 193). Kein Erwerbsvertrag liegt in einer Veräußerung von Anteilrechten seitens der Gesellschaft mit bedingter Rückkaufspflicht; deshalb ist die Rücknahme der Anteilrechte bei Eintritt der Bedingung erlaubt (ROH. 17 386). Dagegen liegt ein (betagter) Erwerbsvertrag in einem Verkauf in Verbindung mit einem nur **betagten** gleichzeitigen Wiederkauf, d. h. einem Deportgeschäft (Staub[8]-Pinner Anm. 3, Ring Nr. 2, Behrend § 137 Anm. 12, Esser Anm. 4, Goldmann Nr. 6). Ebenso in einem nach Abschluß eines Veräußerungsvertrags über eigene Anteilrechte (wenn auch vor Rechtsübertragung an den Käufer) abgeschlossenen Reportgeschäft (d. h. einem Kauf der Anteilrechte unter gleichzeitigem betagten neuen Verkauf); denn in diesem Wiederkauf liegt ein auf **neuer** Willenseinigung beruhendes Erwerbsgeschäft (Ring Nr. 2, Staub[8]-Pinner Anm. 3, Goldmann Nr. 6; **dagegen** ROH. 22 194; vgl. Behrend § 137 Anm. 12). Unter § 226 fällt auch ein Selbsteintritt der AG. als Verkaufskommissionär eigener Anteilrechte (§ 400 Anm. I e). Erlaubt dagegen ist eine nach Veräußerung von Anteilrechten seitens der Gesellschaft gewährte Stundung des Kaufpreises vor Übergabe der Mitgliedscheine. — Auch ein Erwerb für den Reservefonds (M. 223) oder andere Nebenfonds der Gesellschaft (KB. 71) ist unzulässig. — Soweit der Erwerb erlaubt ist, besteht keine Pflicht, die Anteilrechte alsbald wieder zu veräußern (Staub[8]-Pinner Anm. 2). Das erworbene Anteilrecht besteht in der Hand der Gesellschaft fort, die Gesellschaft kann in Ansehung dieses Anteilrechts z. B. den Gewinnanteil erheben und (§ 281 Anm. I) ein Bezugsrecht ausüben; das Grundkapital bleibt unvermindert; es tritt ein ähnliches Verhältnis ein wie bei der Eigentümerhypothek; doch ruht das Stimmrecht. Die in der Hand der Gesellschaft befindlichen Anteilrechte sind als Vermögensgegenstand in die Bilanz einzustellen (Staub[8]-Pinner Anm. 2, Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 11; dagegen CosackHR. § 117 II 5 c).

b. **Pfandnahme.** Hierunter ist nur eine vertragliche Verpfändung verstanden, nicht auch z. B. die Ausübung eines lediglich aus dem Gesetz, nicht aus einer vertragsmäßigen Bewilligung abgeleiteten Zurückbehaltungsrechts (M. 223, RG. 36 38) oder Pfandrechts. Annahme einer von Gesellschaftsbeamten in Aktien der Gesellschaft gestellten Sicherheit ist zulässig, weil dies nicht im regelmäßigen Geschäftsbetrieb (Ring Nr. 3, Staub⁸-Pinner Anm. 6, Esser Anm. 3, Goldmann Nr. 7).

c. **Regelmäßiger Geschäftsbetrieb.** Vgl. § 116 Anm. II b. Die Worte „im regelmäßigen Geschäftsbetrieb" sind im Anschluß an GenG. § 8 Abs. 4 („im regelmäßigen Geschäftsverkehr") gewählt statt der Worte „im geschäftlichen Betriebe" des früheren Art. 215 d ADH. (D. 137). Nicht „im regelmäßigen Geschäftsbetrieb" erfolgt ein Erwerb durch Schenkung, im Weg der Zwangsvollstreckung (M. 223), durch Hingabe an Zahlungsstatt seitens des zahlungsunfähigen Schuldners der AG. (Lehmann RdAG. 2 76), durch Vergleich oder Erbfall (Staub⁸-Pinner Anm. 2) oder durch Verlustigerklärung (§ 219 Anm. IV c). Auch nicht ein Erwerb behufs Ausführung eines Herabsetzungsbeschlusses (§ 288 Abs. 2, ROH. 18 425; vgl. Esser Anm. 3, 6, Simon 216) oder zur Durchführung der Einziehung von Anteilrechten (§ 227 Abs. 1). Ob ein Erwerb nach Beginn der Liquidation der AG. zulässig, vgl. § 294 Anm. II b 13.

d. **Anteilrechte.** Der § 226 behandelt den Abschluß von Geschäften über eigene Anteilrechte in einer Fassung, die auf die verbriefenden Mitgliedscheine Bezug nimmt und auch sachlich je nach der Art des ausgestellten Mitgliedscheins unterscheidet. Kein Verbot besteht bezüglich Erwerbs oder Pfandnahme eigener Schuldverschreibungen oder (vgl. § 179 Anm. IV a 3, RG. 31 V 02 HoldheimsMSchr. 259) eigener, kein Anteilrecht verbriefender Genußscheine. Dagegen wird § 226 auf den Erwerb eigener Bezugsrechte entsprechend anzuwenden sein, da auch hierin eine Einwirkung auf den Kurs unter Aufopferung eigenen Vermögens läge; und zwar § 226 Abs. 1, weil mit dem Erwerb eines Bezugsrechts (da es nicht ausgeübt zu werden braucht) keine Übernahme einer Verpflichtung zu Zahlungen an die AG. verbunden ist.

II. **Verbot.** Das Verbot findet Anwendung auch auf neue Geschäfte älterer Gesellschaften (RG. 36 37, RG. 17 II 88 IHR. 37 551; vgl. RG. 42 103).

a. **Bei vollgezahlten Aktien** (§ 226 Abs. 1) besteht nur eine Ordnungsvorschrift („soll") dahin, daß der Erwerb oder die Pfandnahme eigener Aktien unterbleiben soll, und auch von dieser Ordnungsvorschrift besteht noch die Ausnahme, daß ein Erwerb (oder eine Pfandnahme) in Ausführung einer Einkaufskommission zulässig ist. Erwerb und Pfandnahme, die gegen das Verbot verstoßen, sind mithin trotzdem gültig (Bolze 8 Nr. 551); doch haften die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat gemäß § 241 Abs. 3 Nr. 3, § 249.

b. **Bei Interimsscheinen und nicht vollgezahlten Aktien** (§ 226 Abs. 2) ist das Verbot des Erwerbs oder der Pfandnahme eigener Aktien außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebs keine bloße Ordnungsvorschrift, vielmehr dahin verschärft, daß ein Erwerb oder eine Pfandnahme, die gegen das Verbot verstoßen, nichtig sind („kann"), und es besteht auch keine Ausnahme für den Fall der Ausführung einer Einkaufskommission (KB. 16). Der Grund für dies strenge Verbot liegt darin, daß in dem Erwerb (allerdings nicht auch in einer Pfandnahme) nicht vollgezahlter Aktien (allerdings nicht auch vollgezahlter Interimsscheine) eine nach § 221 verbotene Befreiung des Aktionärs von der Einzahlungspflicht liegen würde (M. 223). Ausgabepreis vgl. § 184 Anm. I.

§ 227.

Einziehung von Anteilrechten.

Die Einziehung (Amortisation) von Aktien kann nur erfolgen, wenn sie im Gesellschaftsvertrag angeordnet oder gestattet ist. Die Bestimmung muß in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch eine vor der Zeichnung der Aktien bewirkte Aenderung des Gesellschaftsvertrags getroffen sein, es sei denn, daß die Einziehung nicht mittelst Auslosung, Kündigung oder in ähnlicher Weise, sondern mittelst Ankaufs der Aktien geschehen soll.

Jede Art der Einziehung darf, sofern sie nicht nach den für die Herabsetzung des Grundkapitals maßgebenden Vorschriften stattfindet, nur aus dem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinn erfolgen.

ADH. Art. 215d **Abs.** 2. **Entw. I** § 210. **Entw. II** § 225.

I. Einziehung.
a. Begriff. b. Durchführung. c. Buchung.

II. Schranken für Einziehung.
a. Satzungsbestimmung. b. Herabsetzungsvorschriften.

I. **Einziehung von „Aktien".**

a. **Begriff.** Unter „Einziehung von Aktien" (§ 227) wird die Verminderung der Zahl der Anteilrechte (§ 179 Anm. IIa) durch gänzlichen Fortfall der betreffenden Anteilrechte verstanden. Die „Einziehung von Aktien" unterscheidet sich daher einerseits von dem „Erwerb eigener Aktien" (§ 226; dagegen Rudorff, früher auch Staub[8] Art. 215d § 7), denn in letzterem Fall wird die Gesellschaft Berechtigter bezüglich einzelner Anteilrechte, ohne daß die Anteilrechte als solche untergehen (§ 226 Anm. Ia). Die „Einziehung von Aktien" unterscheidet sich andererseits von der „Kraftloserklärung von Aktien oder Interimsscheinen" (§ 228), denn in letzterem Fall handelt es sich nicht um Beseitigung von Anteilrechten, sondern in der Regel nur um Beseitigung von Urkunden über die nach wie vor bestehenden Anteilrechte; unter Umständen (§ 228 Anm. Ia) kann infolgedessen auch im Verhältnis zur Gesellschaft der Anteilberechtigte wechseln. Die Einziehung unterscheidet sich ferner von der Verlustigerklärung (§ 219), da bei dieser nur der bisherige Anteilberechtigte wegfällt, das Anteilrecht aber fortbesteht (§ 219 Anm. IVc). Sie unterscheidet sich endlich von der Verminderung der Zahl der Anteilrechte durch Zusammenlegung (§ 290), denn bei Zusammenlegung fallen nicht einzelne Anteilrechte gänzlich fort, vielmehr werden mehrere Anteilrechte oder Bruchteile von solchen zu einem verschmolzen und bestehen in dieser Verschmelzung weiter (§ 290 Anm. IIc 1). — Die Einziehung von Anteilrechten kann mit einer entsprechenden Herabsetzung des Grundkapitals verbunden werden oder auch ohne eine solche geschehen. Die gegenteilige Meinung, daß die Einziehung selbsttätig eine Herabsetzung des Grundkapitals bewirke (so Staub[8]-Pinner Anm. 1, 7, Ring Nr. 5, Hahnloser Namenaktie 112; dagegen CosackHR. § 120 V; schwankend Goldmann Nr. 10: „Minderung", „unverändert"), beruht auf einer abweichenden Anschauung über den Begriff des Grundkapitals, nämlich auf der nicht zu billigenden Ansicht, daß das Grundkapital (§ 178 Anm. IIa) nichts anderes sei als die Summe der Nennbeträge aller jeweilig vorhandenen Grundkapitalanteile (hierüber § 179 Anm. IIIa).

b. **Durchführung der Einziehung.** Bei der Einziehung von Anteilrechten (auch ohne Herabsetzung des Grundkapitals) ist, ähnlich wie bei Erhöhung und Herabsetzung des Grundkapitals, zu unterscheiden der Einziehungsbeschluß und die Durchführung der Einziehung. Nur erscheinen bei der Einziehung nicht beide Abschnitte des Verfahrens äußerlich unterschieden im Gesetz, weil der Einziehungsbeschluß durch Anordnung der Einziehung in der Satzung ersetzt werden kann, weil bei gestattender Satzungsbestimmung der Einziehungsbeschluß im Zweifel nur vom Vorstand gefaßt zu werden braucht, und weil ferner die Einziehung als solche unerheblich für die Gläubiger ist, und daher die in ihr liegende Änderung in der Einteilung des Grundkapitals ebensowenig zum Handelsregister anzumelden ist wie (§ 198) die ursprüngliche Einteilung. [Im Einzelfall kann in dem Einziehungsbeschluß eine Satzungsänderung liegen, und diese ist dann gemäß § 277 Abs. 2 Satz 1 anzumelden.] Der Inhalt des Einziehungsbeschlusses (bzw. die Einziehungsanordnung der Satzung), soweit die gesetzlichen Schranken des § 227 eingehalten sind, ist maßgebend für die Art, in welcher im Einzelfall die Einziehung durchgeführt werden soll, und ob die Einziehung sofort mit dem Beschluß oder erst künftig in Kraft treten soll. Es läßt sich daher keine allgemeine Regel dafür geben, ob bei Durchführung der Einziehung durch Ankauf der Aktien der Untergang des Anteilrechts schon mit Abschluß des Kaufvertrags (Indossament, Abtretung; vgl. § 222 Anm. IVa) oder mit Lieferung der Aktienurkunde an die Gesellschaft (RG. 24 III 99 HoldheimsMSchr. 142) oder zu noch späterem Zeitpunkt (vgl. § 226 Anm. Ia) stattfinden soll;

im Zweifel wird der Zeitpunkt maßgebend sein, in welchem die Gesellschaft Anteilberechtigte werden würde, wenn der Einziehungsbeschluß nicht bestände. Sofort mit dem Einziehungsbeschluß kann die Einziehung in Kraft treten z. B., wenn die Gesellschaft damals schon Anteilberechtigte bezüglich der einzuziehenden Anteilrechte ist (ebenso Rehm § 125 VII B 9b). Bei Auslosung und Kündigung erfolgt die Einziehung im Zweifel mit dem Zeitpunkt der Auslosung bzw. dem Zeitpunkt, zu welchem gekündigt ist (ebenso Rehm § 125 VII B 9b). — Ob die Mitgliedscheine, welche die eingezogenen Anteilrechte verbriesten, vernichtet werden, ist unerheblich (RG. 24 III 99 HoldheimsMSchr. 142).

c. Buchung nach durchgeführter Einziehung. Anteilrechte gelangen nicht zur Buchung in der Bilanz. Ebensowenig die Summe der Nennbeträge der jeweilig vorhandenen Grundkapitalanteile. Zu buchen ist vielmehr nur „der Betrag des Grundkapitals“ (§ 261 Nr. 5). Das Grundkapital als willkürlich festgesetzte Zahl (§ 178 Anm. IIa) ist aber nicht notwendig dauernd übereinstimmend mit der Summe der in die Mitgliedscheine aufgenommenen Nennbeträge der jeweilig vorhandenen Grundkapitalanteile (§ 179 Anm. IIIa). Die Einziehung der Anteilrechte, da sie nicht den Betrag des Grundkapitals ändert (oben Anm. Ia), ist daher eine Maßregel, die für die Gestaltung der Bilanz ohne jeden Einfluß bleibt.

1. Findet gleichzeitig mit Einziehung der Anteilrechte eine Herabsetzung des Grundkapitals statt, so ist die letztere zu buchen gemäß den Regeln, die überhaupt für Buchung einer Herabsetzung des Grundkapitals zur Anwendung kommen (Simon 220).

2. Findet dagegen gleichzeitig mit Einziehung der Anteilrechte keine Herabsetzung des Grundkapitals statt, so bleibt das Grundkapital unberührt und ist (§ 261 Nr. 5) auch künftig in voller Höhe unter die Passiva der Bilanz aufzunehmen (D. 138, ROH. 18 433, Begr. 67 zu GmbHG., Klemperer Genußscheine § 13 Nr. 1; dagegen Staub⁸-Pinner Anm. 7, 13, 15, Rehm § 125 IV A 1). Das bisherige Grundkapital von 100000, das nur einen Nennbetrag darstellte (§ 178 Anm. IIa) und in 100 gleiche Grundkapitalanteile des Nennbetrags 1000 zerfiel, bleibt nach Einziehung von 50 Anteilrechten dennoch in Höhe von 100000 bestehen; die noch übrigen 50 Grundkapitalanteile behalten zwar (aus Zweckmäßigkeitsrücksichten) den Nennbetrag von je 1000; die eingetretene Änderung besteht nur darin, daß während früher jeder einzelne Grundkapitalanteil mit $\frac{1000}{100 \cdot 1000} = \frac{1}{100}$ des Grundkapitals, er künftig mit $\frac{1000}{50 \cdot 1000} = \frac{1}{50}$ des Grundkapitals bei Berechnung des Gewinnanteils und des Anteils bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens zur Anrechnung zu kommen hat (§ 179 Anm. IIIa). Auch ist nicht anzuerkennen, daß hierin eine „Kapitalrücklage“ der Gesellschaft (so Simon 222) liegt, es sei denn, daß man auch die Wirkung der Einsetzung des ursprünglichen Grundkapitals unter die Passiva so bezeichnen will. Kein Kapital wird zurückgelegt, sondern nur der Kreis der am vorhandenen Kapital Beteiligten wird verengert. Das für Durchführung der Einziehung mehraufgewendete Kapital bleibt nicht in den Händen der Gesellschaft, sondern wird an die bisherigen Besitzer der eingezogenen Anteilrechte zwecks Abfindung herausgezahlt. Das Vermögen der Gesellschaft wird daher durch die Einziehung nicht vermehrt, wenn auch jedes einzelne verbleibende Anteilrecht unter Umständen wertvoller wird. Das Vermögen der Gesellschaft vermindert sich sogar durch die zu zahlenden Abfindungssummen, ohne daß in das Gesellschaftsvermögen eine Gegenleistung gelangt. Um denselben Betrag, um den sich die Ansprüche der abgefundenen und ausgeschiedenen C. und D. an den Reingewinn und an das zu verteilende Gesellschaftsvermögen verringern, um denselben Betrag erhöhen sich gleichzeitig die Ansprüche der verbleibenden A. und B. Ob man nun — wie grundsätzlich als allein zutreffend zu erachten ist — auch nach Einziehung das Grundkapital in früherer Höhe mit 100000 einstellt, oder ob man statt dessen künftig unter die Passiven nebeneinander zwei verschiedene Posten: „1. Grundkapital 50000“ und „2. Reservefonds, durch Einziehung von Aktien gebildet, 50000“ aufnimmt (so Simon 220, Ring Nr. 5, Esser Anm. 3), ist für das Ergebnis gleichgültig (D. 138; ebenso Goldmann Nr. 10), solange man sich klar bleibt, daß auch dieser sogenannte

Reservefonds nichts anderes ist als ein Teil des Grundkapitals. Gleichgültig daher, in welcher Weise die Buchung erfolgt ist: für die Zukunft sind bei Anwendung der gesetzlichen Vorschriften jedenfalls die ganzen 100000 als „Grundkapital" anzusehen (dagegen Esser Anm. 3). So ist z. B. gemäß § 240 Abs. 1 die Generalversammlung bereits zu berufen, wenn sich ein Fehlbetrag von 50000 (nicht erst, wenn sich ein Fehlbetrag von 50000 + 25000) ergibt (dagegen Esser a. a. O.). Aus demselben Grund ist der „Reservefonds durch Einziehung" keine „Rücklage" im Sinn der §§ 237, 245 (§ 237 Anm. IIb 3a). Eine Satzungsbestimmung, wonach eine Mehrheit von $^3/_4$ des Grundkapitals vertreten sein muß, ist dahin zu verstehen, daß (ohne Berücksichtigung des nur aus Zweckmäßigkeitsrücksichten beibehaltenen Nennbetrags der einzelnen Aktien) $^3/_4$ der Grundkapitalanteile, von denen jeder nunmehr mit $\frac{100000}{50}$ (nicht mit 1000) zu berechnen ist, vertreten sein müssen (im Ergebnis ebenso Esser a. a. O.).

II. **Schranken für die Einziehung.** Der § 227 Abs. 1 enthält die Voraussetzung für die Zulässigkeit des Einziehungsbeschlusses, dem die Satzungsanordnung gleichsteht, der § 227 Abs. 2 eine Beschränkung für die Durchführung der Einziehung; doch ist beides im Gesetz nicht streng auseinandergehalten (vgl. oben Anm. I b).

a. **Anordnung oder Gestattung durch Satzungsbestimmung.** Jede Art der Einziehung ist nur zulässig, wenn sie durch Satzungsbestimmung angeordnet oder gestattet ist. Die ohne Rücksicht auf den Willen (D. 138) der bezüglich der einzuziehenden Anteile Berechtigten (also z. B. durch „Auslosung, Kündigung") vorzunehmende Einziehung ist ferner nur dann zulässig, wenn schon vor Zeichnung der betreffenden Anteile jene Satzungsbestimmung getroffen worden ist. Die mit dem Willen (D. 138) der betreffenden Anteilberechtigten (also insbesondere durch „Ankauf der Aktien") erfolgende Einziehung ist an die letztere Beschränkung nicht gebunden. Die Folge der Unzulässigkeit bei nicht vorhandener bezw. nicht vor Zeichnung getroffener Satzungsbestimmung ist Nichtigkeit („kann", „muß"); nichtig ist aber nur die Einziehung, d. h. es tritt trotz gewollter Verminderung der Zahl der Anteilrechte keine solche Verminderung ein. Nicht etwa ist auch der zwecks unzulässiger Einziehung erfolgte Ankauf stets nichtig; auf ihn findet vielmehr dann § 226 Anwendung. — Daß die Satzung bereits Einzelheiten über die zu bewirkende Einziehung (so Staub[8]-Pinner Anm. 8) insbesondere einen Tilgungsplan, enthalten müsse (so Staub[7] Anm. 8, Goldmann Nr. 4, vgl. KGJ. 5 30, dahingestellt KG. 12 I 03 EntschFG. 3 234; dagegen Ring Nr. 3), ist im Gesetz nicht verlangt. Wenn § 227 eine Einziehung durch Kündigung zuläßt, so ist hiermit nur eine allen Aktionären ohne Rücksicht auf ihr Verhalten gleichmäßig bevorstehende Kündigung gemeint; nicht sollte willkürliche Kündigung wegen des Verhaltens des einzelnen Aktionärs, z. B. wegen Nichtleistung verlangter Nachschüsse, auf diesem Umweg für zulässig erklärt werden (Staub[8]-Pinner Anm. 5).

b. **Beschränkung bei Verwendung von Gesellschaftsvermögen zum Zweck der Einziehung.** Als Gegenleistung für die eingezogenen Anteilrechte darf die AG. mehr als den Nennbetrag der Grundkapitalanteile zahlen (Staub[8]-Pinner Anm. 9, Jacobson in HoldheimsMSchr. 03 148); nur müssen die Beschränkungen des § 227 Abs. 2 eingehalten werden.

1. Regel (**Einziehung ohne Verwendung von** [§ 178 Anm. II a] **Grundvermögen**): „Jede Art der Einziehung darf nur aus dem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinn erfolgen." „Jede Art der Einziehung", d. h. die Einziehung mit dem Willen oder ohne Rücksicht auf den Willen der betroffenen Anteilberechtigten (oben Anm. II a). „Darf nur", d. h. eine Zuwiderhandlung bewirkt nicht Nichtigkeit, sondern hat andere Folgen (Planck[3] Einl. IV 4 b). „Jährliche Bilanz" vgl. § 215 Anm. III d. „Verfügbarer Gewinn" ist als gleichbedeutend mit „verteilbarer Gewinn" (§ 214 Anm. II) zu verstehen (ebenso Rehm § 125 VII B), denn die hier in Betracht kommende Vorschrift hat lediglich die Bedeutung einer Anwendung des Grundsatzes der Bindung des Grundkapitals (§ 215 Anm. III a) auf den besonderen Fall der Einziehung. Unerheblich ist daher, ob der „verteilbare Gewinn" bar in der Gesellschaftskasse vorhanden ist, oder ob verfügbare Mittel erst durch Versilberung oder Darlehnsaufnahme beschafft werden müssen

(§ 213 Anm. IIc 2; ebenso Staub Anm. 12, Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 11; dagegen Simon § 57). — Das Verbot der Verwendung von mehr als dem Reingewinn ist anwendbar trotz früherer zulässiger Übernahme der Verpflichtung zur Einziehung (RG. 22 1).

2. Ausnahme (Einziehung unter Verwendung von [§ 178 Anm. IIa] Grundvermögen): „Sofern sie (die Einziehung) nicht nach den für die Herabsetzung des Grundkapitals maßgebenden Vorschriften stattfindet."

Die herrschende Meinung hält sich an den Wortlaut dieser Bestimmung und fordert für diesen Ausnahmefall, daß für die Einziehung alle diejenigen Vorschriften entsprechend angewendet werden, die in §§ 288 ff. für die Herabsetzung des Grundkapitals gegeben sind (Ring Nr. 6, Staub[8]-Pinner Anm. 14, Behrend § 143 V, Goldmann Nr. 14, RG. 26 133). Trotz dieser Übereinstimmung der Schriftsteller und Stützung durch die Wortfassung des Gesetzes ist dieser Ansicht nicht beizutreten; sie beruht auf mangelndem Auseinanderhalten der Begriffe von Einziehung und Herabsetzung (z. B. Staub[7] Anm. 7: „Jede Einziehung ist eine Art der Herabsetzung des Grundkapitals"; vgl. oben Anm. I a).

Zweifellos ist, daß wenn gleichzeitig mit der Einziehung (und unter Benutzung der Einziehung als Durchführungsmittel, § 288 Abs. 2) eine Herabsetzung stattfindet, für diese Herabsetzung die Vorschriften der §§ 288 ff. zu beobachten sind. Es soll doch wohl nicht behauptet werden, daß dann in diesem Fall außerdem auch bezüglich der Einziehung jene Vorschriften zu beobachten sind!

Der Streit kann sich daher nur darum drehen, ob es möglich ist, auf die Einziehung die Vorschriften der §§ 288 ff. anzuwenden, wenn gleichzeitig keine Herabsetzung des Grundkapitals stattfindet. Diese Möglichkeit ist aber — abweichend von der herrschenden Meinung — zu verneinen. Der § 289 fordert als wesentlichen Bestandteil des Verfahrens eine Eintragung der Herabsetzung in das Handelsregister. Wollte man dies auf die Einziehung entsprechend anwenden, so würde man auch die Eintragung der Einziehung (zunächst des Einziehungsbeschlusses und dann der erfolgten Einziehung) fordern müssen. Eine solche Eintragung ist aber nirgend gestattet (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 15, Goldmann Nr. 14, für Einziehung unter Verwendung von Grundvermögen auch Ring Nr. 7), mithin unzulässig (§ 12 Anm. Vc); sie wäre auch unvereinbar mit dem Grundsatz des § 198, wonach nur die Höhe des Grundkapitals, nicht etwa auch Zahl und beurkundeter Nennbetrag der Grundkapitalanteile, einzutragen ist. Man setze ferner den Fall, daß in der Satzung die Einziehung angeordnet ist: soll man in diesem Fall wirklich noch einen besonderen Einziehungsbeschluß gemäß § 288 fordern, zumal doch jeder die Einziehung ablehnende Beschluß anfechtbar wegen der darin enthaltenen Satzungsverletzung wäre? Man nehme an, unter entsprechender Beobachtung der §§ 288 ff. sei eine Einziehung durch Entnahme von mehr als dem verteilbaren Reingewinn durchgeführt, das Grundkapital aber nicht herabgesetzt: Das Grundkapital würde dann, wie bisher, künftig mit 100000 in die Bilanz aufzunehmen sein (oben Anm. Ic 2), die Aktiva würden aber, falls für Ankauf von 50 Anteilen zu 1000 der Betrag von 50000 aus Nichtreingewinn verwendet ist, und bisher 100000 Aktiva vorhanden waren, künftig zunächst auf 50000 zu bewerten sein, ein Ergebnis, das schwerlich dem Gesetzgeber vorschwebte.

Sind vorstehende Ausführungen zutreffend, so ergibt sich, daß eine Einziehung niemals „nach" den für die Herabsetzung des Grundkapitals maßgebenden Vorschriften stattfinden kann, weder wenn sie gleichzeitig mit einer Herabsetzung, noch wenn sie ohne Zusammenhang mit einer Herabsetzung stattfindet. Setzt so das Gesetz, wenn man sich an seine Wortfassung klammert, einen unmöglichen Fall voraus, so ergibt sich die Notwendigkeit einer freieren Auslegung.

Was der Gesetzgeber bezweckte, kann aber nicht zweifelhaft sein: die Gläubiger sollten durch Anwendung der Vorschriften in §§ 288 ff. geschützt werden, wenn für die Einziehung mehr als der verteilbare Reingewinn verwendet wird. Dies wird in einfachster Weise erreicht, wenn man die fraglichen Worte (dem Wortlaut des § 290 entsprechend) dahin auslegt, daß sie bedeuten sollen: „sofern sie (die Einziehung) nicht in Ausführung (richtiger: „im Zusammenhang mit", § 290 Anm. I) einer Herabsetzung des Grund-

kapitals erfolgt." Daß in diesem Fall für die Herabsetzung die Beobachtung der Vorschriften in §§ 288 ff. wesentlich ist, ergibt sich dann ohnedies aus §§ 288 ff.

Der wahre Sinn des Abs. 2 wird dadurch verdunkelt, daß in Abs. 2 die Eingangsworte „Jede Art der Einziehung" fälschlich stehen an Stelle von „Die Gewährung eines Entgelts für eingezogene Anteilrechte". Auch aus einem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinn kann nie eine „Einziehung", sondern nur eine Zahlung erfolgen.

§ 228.

Kraftloserklärung.

Ist eine Aktie oder ein Interimsschein abhanden gekommen oder vernichtet, so kann die Urkunde, wenn nicht das Gegentheil darin bestimmt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden. Die Vorschriften des § 799 Abs. 2 und des § 800 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

Sind Gewinnantheilscheine auf den Inhaber ausgegeben, so erlischt mit der Kraftloserklärung der Aktie oder des Interimsscheins auch der Anspruch aus den noch nicht fälligen Gewinnantheilscheinen.

ADH. — **Entw. I** § 211. **Entw. II** § 226.

I. **Aktien oder Interimsscheine.** Über den Fall eines vor Inkrafttreten des HGB. eingetretenen Verlustes vgl. EGHGB. Art. 25.

a. **Gegenstand der Kraftloserklärung.** Die §§ 228—230 beziehen sich auf Mitgliedscheine jeder Art, sowohl auf Inhaber- wie auf Namenpapiere, auch auf Namenpapiere über nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbare Anteile (D. 138). Die Wirkung der Kraftloserklärung beschränkt sich nicht auf die Urkunde, sondern erstreckt sich auch auf das verbriefte Anteilrecht, wenn der Antragsteller nicht der Anteilberechtigte war. In diesem Fall wird — vorbehaltlich der Vorschrift in § 223 Abs. 3 — der Erwirker des Ausschlußurteils Anteilberechtigter im inneren Verhältnis zur Gesellschaft (CPO. § 1018). — Über den Unterschied zwischen Kraftloserklärung und Einziehung vgl. § 227 Anm. I a.

b. **Verfahren.** Das Aufgebotverfahren ist näher geregelt in CPO. §§ 1003 ff. Antragsberechtigt ist (CPO. § 1004) bei Inhaberaktien oder mit Blankoindossament versehenen Namenmitgliedscheinen der letzte Inhaber, bei nicht mit Blankoindossament versehenen Urkunden derjenige, der das Recht aus der Urkunde geltend machen kann. Letzteres ist aber nicht notwendig der im Aktienbuch Eingetragene (Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 3; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 1), da hier die Anteilberechtigung als ein jedermann gegenüber bestehendes Recht, nicht nur das in § 223 Abs. 3 allein geregelte Verhältnis zur Gesellschaft in Betracht kommt. Über Zahlungssperre vgl. CPO. § 1019; über die Wirkung einer im Reichsanzeiger erfolgten Bekanntmachung des Verlusts auf die Ausschließung der Gutgläubigkeit des erwerbenden Bankiers vgl. HGB. § 367. — Der § 228 bestimmt nur über die Kraftloserklärung im Weg des (gerichtlichen) Aufgebotverfahrens; für die Fälle der Verlustigerklärung (§ 219) und der durch die Gesellschaft erfolgenden Kraftloserklärung zwecks Einziehung (§ 227) oder Zusammenlegung (§ 290) von Anteilrechten gelten besondere Vorschriften; doch ist in letzteren Fällen der § 228 Abs. 2 entsprechend anwendbar (D. 139).

c. **Auskunftspflicht** der AG. Hierüber bestimmt der nach § 228 Abs. 1 Satz 2 entsprechend anwendbare § 799 Abs. 2 BGB.:

„Der Aussteller ist verpflichtet, dem bisherigen Inhaber auf Verlangen die zur Erwirkung des Aufgebots oder der Zahlungssperre erforderliche Auskunft zu erteilen und die erforderlichen Zeugnisse auszustellen. Die Kosten der Zeugnisse hat der bisherige Inhaber zu tragen und vorzuschießen."

d. **Erteilung neuen Mitgliedscheins.** Hierüber bestimmt der nach § 228 Abs. 1 Satz 2 entsprechend anwendbare § 800 BGB.:

„Ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber für kraftlos erklärt, so kann derjenige, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, von dem Aussteller, unbeschadet der Befugnis, den Anspruch aus der Urkunde geltend zu machen, die Erteilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber an Stelle der für kraftlos erklärten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen."

Welche Folge eintritt, wenn ein Nichtberechtigter das Ausschlußurteil erwirkt hat und ihm daraufhin ein neuer Mitgliedschein ausgehändigt wird, vgl. oben Anm. I a, § 209 Anm. III. Ein neuer Mitgliedschein, der ausgehändigt wird, ohne daß ein rechtskräftiges Ausschlußurteil vorliegt, ist nichtig und macht daher den Empfänger nicht zum Anteilberechtigten (§ 209 Anm. III).

II. **Gewinnanteilscheine.** Eine Kraftloserklärung von Gewinnanteilscheinen für sich allein ist unzulässig (vgl. CPO. § 946 Abs. 1; für diesen Fall bietet BGB. § 804 einen anderen Weg), denn die Zulässigkeit eines Aufgebots von Gewinnanteilscheinen auf Namen ist nirgend erwähnt, und die Kraftloserklärung von Gewinnanteilscheinen auf Inhaber ist ausdrücklich ausgeschlossen in BGB. § 799 Abs. 1 Satz 2, der nicht nur entsprechend, sondern unmittelbar zur Anwendung kommt. Es kann sich daher nur darum handeln, inwieweit die Gewinnanteilscheine durch die Kraftloserklärung der Haupturkunde mitbetroffen werden. Hierüber handelt § 228 Abs. 2. Er erwähnt nicht diejenigen Gewinnanteilscheine, die zur Zeit der Kraftloserklärung der Haupturkunde bereits fällig sind; diese Gewinnanteilscheine bleiben daher in Kraft, und der Inhaber kann die Einlösung verlangen (§ 213 Anm. II c 4) vorbehaltlich des von der Gesellschaft zu führenden Gegenbeweises (BGB. § 793), daß der Inhaber nicht zur Verfügung über die Urkunde berechtigt sei. Bezüglich der bei Kraftloserklärung der Haupturkunde noch nicht fälligen Gewinnanteilscheine auf Inhaber bestimmt § 228 Abs. 2 (umgekehrt BGB. § 803 bezüglich nicht fälliger Zinsscheine; D. 138), daß mit der Kraftloserklärung des Mitgliedscheins auch der Anspruch aus den nicht fälligen Gewinnanteilscheinen erlösche. Bei Anwendung dieser Bestimmung ist zu beachten, daß die Fälligkeit des Anspruchs aus dem Gewinnanteilschein (mithin doch wohl auch des Gewinnanteilscheins) nicht bereits mit dem Ablauf des Zeitraums eintritt, über welchen er lautet, vielmehr erst mit der Feststellung des Reingewinns für das betreffende Geschäftsjahr (§ 213 Anm. II c). — Der § 228 Abs. 2 erwähnt nicht die nicht fälligen Gewinnanteilscheine auf Namen. Indessen wohl nur, weil sie nicht oder nur selten vorkommen; wenigstens ist in D. 138 nicht unterschieden. Daher wird § 228 Abs. 2 auch auf solche Gewinnanteilscheine entsprechend anzuwenden sein (Ring Nr. 3; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 4, Goldmann Nr. 9). — Die Neuausgabe von Gewinnanteilscheinen kann durch Zahlungssperre verhindert werden (CPO. § 1019). — Die Vorschrift des § 228 Abs. 2 ist entsprechend anwendbar in den zugelassenen Fällen nicht gerichtlicher Kraftloserklärung (oben Anm. I b). — Betreffs der Gewinnanteilscheine zu einem vor Inkrafttreten des BGB. ausgegebenen Inhaberpapier vgl. EGBGB. Art. 174 Abs. 1, 175.

§ 229.

Umtausch wegen Beschädigung oder Verunstaltung.

Ist eine Aktie oder ein Interimsschein in Folge einer Beschädigung oder einer Verunstaltung zum Umlaufe nicht mehr geeignet, so kann der Berechtigte, sofern der wesentliche Inhalt und die Unterscheidungsmerkmale der Urkunde noch mit Sicherheit erkennbar sind, von der Gesellschaft die Ertheilung einer neuen Urkunde gegen Aushändigung der beschädigten oder verunstalteten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** —

Der § 229 entspricht dem § 798 BGB. Die Bestimmung wurde von der Reichstagskommission aufgenommen, um einen Zweifel darüber auszuschließen, daß § 798 BGB. entsprechend anwendbar sei auch soweit Mitgliedscheine auf Namen in Betracht kommen (KB. 71).

Der „Berechtigte" ist bei Inhaberpapieren der Inhaber (vorbehaltlich des Gegenbeweises gemäß BGB. § 793 Abs. 1), bei Namenpapieren der im Aktienbuch Verzeichnete (§ 223 Anm. IV). Auch letzterer muß jedoch nach § 229 in der Lage sein, die bisherige Urkunde behufs Umtauschs auszuhändigen (vgl. auch § 223 Anm. I c).

§ 230.

Ausgabe neuer Gewinnanteilscheine.

Neue Gewinnantheilscheine dürfen an den Inhaber des Erneuerungsscheins nicht ausgegeben werden, wenn der Besitzer der Aktie oder des Interimsscheins der Ausgabe widersprochen hat. Die Scheine sind in diesem Falle dem Besitzer der Aktie oder des Interimsscheins auszuhändigen, wenn er die Haupturkunde vorlegt.

ADH. — **Entw. I —** **Entw. II —**

I. **Erneuerungsschein.** Der Erneuerungsschein ist kein Inhaberpapier, nicht bestimmt, die Forderung auf Zahlung von Gewinnanteilen abzulösen von dem durch die Haupturkunde verbrieften Anteilrecht, vielmehr nur ein Ausweis-(Legitimations-)papier, durch dessen Ausstellung bezweckt wird, die beschwerende und gefährdende Vorlegung der Haupturkunde zu ersparen (ROH. 10 318, 17 32, RG. 3 154, 4 141, 31 147, Apt in HoldheimsMSchr. 00 253; dagegen CosackHR.[3] § 267 I 3).

II. **Widerstreit zwischen Inhaber des Erneuerungsscheins und Besitzer des Mitgliedscheins.** Wer im inneren Verhältnis des Erneuerungsschein-Inhabers zum Mitgliedschein-Besitzer ein Recht auf den Besitz der neu auszugebenden Gewinnanteilscheine hat, richtet sich nach dem unter ihnen bestehenden Rechtsverhältnis (vgl. RG. 23 270). Der § 230 bestimmt nur darüber, wie der Ausgeber der neuen Gewinnanteilscheine im Fall eines Widerstreits sich zu verhalten hat. Der § 230 entspricht dem § 805 BGB. und wurde von der Reichstagskommission aufgenommen, um einen Zweifel darüber auszuschließen, daß § 805 BGB. entsprechend anwendbar sei auch soweit Mitgliedscheine auf Namen in Betracht kommen (KB. 71, 72). Hiernach genügt der bloße Widerspruch des Mitgliedschein-Besitzers, um die Gesellschaft zu verpflichten an keinen von beiden neue Gewinnanteilscheine auszugeben. Legt er die Haupturkunde vor, so hat die Gesellschaft ihm den Vorzug zu geben, selbst wenn der Erneuerungsschein-Inhaber widerspricht. „Besitzer" ist wohl auch der mittelbare (BGB. § 868; auch hier greift die hierüber für das BGB. bestehende Streitfrage ein). Nicht, wie an anderen Stellen (§ 252 Anm. III b 1), ist „Besitzer" gleichbedeutend mit Berechtigter gebraucht. Hierfür spricht, daß § 230 den Besitz der Urkunden, nicht des Rechts erwähnt; ferner auch der Zweck des § 230, gerade das Verhältnis bei Namenaktien zu regeln. Hiernach hat bei Namenaktien die Rechte aus § 230 der Besitzer der Namenaktie, gleichgültig wer im Aktienbuch eingetragen ist.

Anhang zum ersten und zweiten Titel.

Entsprechende Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Inhaberschuldverschreibungen (BGB. §§ 793 bis 806) auf Inhaberaktien.

Die Bestimmungen des BGB. über Schuldverschreibungen auf den Inhaber sind auf Inhaberaktien soweit entsprechend anzuwenden, als in ihnen Bestimmungen enthalten sind, die aus dem Wesen der Inhaberpapiere überhaupt folgen. (D. 137, KB. 70; vgl. auch BGB. § 1195).

Begriff. Recht des Inhabers. Unterzeichnung.

§ 793. Hat Jemand eine Urkunde ausgestellt, in der er dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht (Schuldverschreibung auf den Inhaber), so kann der Inhaber von ihm die Leistung nach Massgabe des Versprechens verlangen, es sei denn, dass er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist. Der Aussteller wird jedoch auch durch die Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit.

Die Gültigkeit der Unterzeichnung kann durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht werden. Zur Unterzeichnung genügt eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift.

Der § 793 Abs. 1 ist entsprechend anwendbar auf Inhaberaktien (KB. 71). Nur geht das Recht des Inhabers hier nicht auf Gewährung einer bestimmten einzelnen Leistung, sondern auf Gewährung aller im Anteilrecht enthaltenen Befugnisse. Die Anwendbarkeit ist nicht (was Staub[6]-Pinner § 223 Anm. 26 annimmt) eine auf vermögensrechtliche Leistungen beschränkte, bezieht sich vielmehr auch auf andere Leistungen, z. B. die Gewährung des Stimmrechts (§ 252 Anm. IIa); nur bestehen für Aktien auch Sonderbestimmungen (z. B. HGB. § 252 Abs. 3, auch HGB. § 318 in Verbindung mit BGB. § 134), die, soweit sie reichen, den allgemeinen Bestimmungen vorgehen.

Der § 793 Abs. 2 ist (in umgekehrter Reihenfolge der Sätze) wiederholt in HGB. § 181.

In Verkehr Gelangen ohne Willen des Ausstellers.

§ 794. Der Aussteller wird aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist.

Auf die Wirksamkeit einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ist es ohne Einfluss, wenn die Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist.

Anwendbar auf Inhaberaktien (vgl. z. B. HGB. § 221 Anm. IIc); jedoch mit der Maßgabe, daß nicht auf diesem Weg Rechte begründet werden können, deren Begründung durch Vorschriften öffentlichen Rechts untersagt ist. So z. B. bei in Verkehr Gelangen von Inhaberaktien vor Eintragung der AG. (HGB. § 209 Anm. Ic), oder bei in Verkehr Gelangen von mehr Inhaberaktien, als Anteile des Grundkapitals vorhanden (vgl. z. B. HGB. § 219 Anm. IVd) oder anderer Inhaberaktien, denen überhaupt kein vorhandenes Anteilrecht entspricht (RG. 49 25). In KB. 71 z. HGB. ist angenommen, der § 794 Abs. 1 sei anwendbar, der Fall des § 794 Abs. 2 könne nicht in Frage kommen. Gegen Anwendbarkeit des § 794 überhaupt Staub[6]-Pinner § 223 Anm. 25; dahingestellt ROH. 14 370.

Staatliche Genehmigung.

§ 795. Im Inland ausgestellte Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, dürfen nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden.

Die Genehmigung wird durch die Zentralbehörde des Bundesstaats ertheilt, in dessen Gebiete der Aussteller seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat. Die Ertheilung der Genehmigung und die Bestimmungen, unter denen sie erfolgt, sollen durch den Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht werden.

Eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Schuldverschreibung ist nichtig; der Aussteller hat dem Inhaber den durch die Ausgabe verursachten Schaden zu ersetzen.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Schuldverschreibungen, die von dem Reiche oder einem Bundesstaat ausgegeben werden.

Nicht anwendbar auf Inhaberaktien (vgl. HGB. § 179 Abs. 2, Vorbem. I vor HGB. § 178. Vgl. auch HGB. § 180 Abs. 2 (KB. 71 z. HGB.). Ob anwendbar auf keinen Namen

enthaltende Erneuerungsscheine und Gewinnanteilscheine, ist abhängig davon, ob man diese Papiere als Inhaberpapiere ansieht; hierüber vgl. § 230 Anm. I, § 213 Anm. II c 4. Streitig ist, ob die keinen Namen enthaltenden Zinsscheine zu Namenschuldverschreibungen Inhaberpapiere sind (bejahend Liebmann DJZ. 00 524; verneinend Apt in HoldheimsMSchr. 00 253).

Einwendungen des Ausstellers.

§ 796. Der Aussteller kann dem Inhaber der Schuldverschreibung nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen.

Anwendbar auf Inhaberaktien (KB. 71 z. HGB.) mit der zu § 794 vermerkten Maßgabe. Staub^s-Pinner § 223 Anm. 27 will die Anwendbarkeit auf die vermögensrechtlichen Ansprüche beschränken; jedoch zu Unrecht (oben Anm. zu BGB. § 793 Abs. 1).

Leistung gegen Aushändigung.

§ 797. Der Aussteller ist nur gegen Aushändigung der Schuldverschreibung zur Leistung verpflichtet. Mit der Aushändigung erwirbt er das Eigenthum an der Urkunde, auch wenn der Inhaber zur Verfügung über sie nicht berechtigt ist.

Wohl nicht anwendbar auf Inhaberaktien (ebenso Staub^s-Pinner § 223 Anm. 28; dagegen KB. 71 z. HGB.); denn bei diesen kommen — abweichend von dem Fall der Schuldverschreibung — wiederholte Leistungen verschiedener Art in Betracht. Höchstens könnte sich fragen, ob die Inhaberaktie gegen die letzte dieser Leistungen, also bei Empfang des Vermögensanteils bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens, auszuhändigen sei. Aber auch dies ist wohl zu verneinen, weil eine Nachtragsliquidation (HGB. § 302 Abs. 4) und auch sonstige nachträgliche Leistungen (z. B. Gewährung eines Stimmrechts in einer nachträglichen Generalversammlung) nicht ausgeschlossen sind (§ 300 Anm. II c). Für den Sonderfall der Übertragung des Vermögens im ganzen gegen Aktiengewährung ist indessen in HGB. § 305 Abs. 3 ein Recht auf Aushändigung der bisherigen Mitgliedscheine anerkannt. Für die Gewährung des Stimmrechts vgl. HGB. § 255 Abs. 2. Das Recht auf Leistung des Gewinnanteils ist besonders in den Gewinnanteilscheinen und dem Erneuerungsschein verbrieft.

Umtausch wegen Beschädigung oder Verunstaltung.

§ 798. Ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber in Folge einer Beschädigung oder einer Verunstaltung zum Umlaufe nicht mehr geeignet, so kann der Inhaber, sofern ihr wesentlicher Inhalt und ihre Unterscheidungsmerkmale noch mit Sicherheit erkennbar sind, von dem Aussteller die Ertheilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber gegen Aushändigung der beschädigten oder verunstalteten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschiessen.

Der § 798 ist in HGB. § 229 für Aktien oder Interimsscheine jeder Art in entsprechender Fassung wiederholt.

Kraftloserklärung.

§ 799. Eine abhanden gekommene oder vernichtete Schuldverschreibung auf den Inhaber kann, wenn nicht in der Urkunde das Gegentheil bestimmt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden. Ausgenommen sind Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine sowie die auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen.

Der Aussteller ist verpflichtet, dem bisherigen Inhaber auf Verlangen die zur Erwirkung des Aufgebots oder der Zahlungssperre erforderliche Auskunft zu ertheilen und die erforderlichen Zeugnisse auszustellen. Die Kosten der Zeugnisse hat der bisherige Inhaber zu tragen und vorzuschiessen.

Der § 799 Abs. 1 Satz 1 ist in HGB. § 228 Abs. 1 Satz 1 für Aktien oder Interimsscheine jeder Art in entsprechender Fassung wiederholt. Der § 799 Abs. 1 Satz 2 ist unmittelbar anwendbar auf Gewinnanteilscheine der AG. mit der Maßgabe des § 228 Abs. 2 HGB. Der § 799 Abs. 2 ist ausdrücklich in HGB. § 228 Abs. 1 Satz 2 für anwendbar auf Aktien und Interimsscheine jeder Art erklärt. Das Aufgebotverfahren ist näher geregelt in CPO. §§ 1003 ff.

Zahlungssperre vgl. CPO. § 1019. Über die Wirkung einer im Reichsanzeiger erfolgten Bekanntmachung des Verlusts auf die Ausschließung der Gutgläubigkeit des erwerbenden Bankiers vgl. HGB. § 367.

Neue Urkunden nach Kraftloserklärung.

§ 800. Ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber für kraftlos erklärt, so kann derjenige, welcher das Ausschlussurtheil erwirkt hat, von dem Aussteller, unbeschadet der Befugniss, den Anspruch aus der Urkunde geltend zu machen, die Ertheilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber an Stelle der für kraftlos erklärten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschiessen.

Der § 800 ist ausdrücklich in HGB. § 228 Abs. 1 Satz 2 für anwendbar auf Aktien und Interimsscheine jeder Art erklärt.

Vorlegungsfrist. Verjährung.

§ 801. Der Anspruch aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber erlischt mit dem Ablaufe von dreissig Jahren nach dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit, wenn nicht die Urkunde vor dem Ablaufe der dreissig Jahre dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt wird. Erfolgt die Vorlegung, so verjährt der Anspruch in zwei Jahren von dem Ende der Vorlegungsfrist an. Der Vorlegung steht die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs aus der Urkunde gleich.

Bei Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheinen beträgt die Vorlegungsfrist vier Jahre. Die Frist beginnt mit dem Schlusse des Jahres, in welchem die für die Leistung bestimmte Zeit eintritt.

Die Dauer und der Beginn der Vorlegungsfrist können von dem Aussteller in der Urkunde anders bestimmt werden.

Der § 801 Abs. 1 und 3 ist anwendbar auf Inhaberaktien (KB. 71 z. HGB.), insbesondere bei Erhebung des Anteils bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens. Staub[a]-Pinner § 223 Anm. 29 will die Anwendbarkeit auf die vermögensrechtlichen Ansprüche beschränken. Der § 801 Abs. 2 ist anwendbar auf die den Aktien beigefügten Gewinnanteilscheine (HGB. § 213 Anm. IIc 4, KB. 71 z. HGB.).

Auf Namen-Aktien und Namen-Gewinnanteilscheine ist § 801 BG. nicht anwendbar: bei ihnen gelten die allgemeinen Regeln über Verjährung.

Hemmung durch Zahlungssperre.

§ 802. Der Beginn und der Lauf der Vorlegungsfrist sowie der Verjährung werden durch die Zahlungssperre zu Gunsten des Antragstellers gehemmt. Die Hemmung beginnt mit der Stellung des Antrags auf Zahlungssperre; sie endigt mit der Erledigung des Aufgebotsverfahrens und, falls die Zahlungssperre vor der Einleitung des Verfahrens verfügt worden ist, auch dann, wenn seit der Beseitigung des der Einleitung entgegenstehenden Hindernisses sechs Monate verstrichen sind und nicht vorher die Einleitung beantragt worden ist. Auf diese Frist finden die Vorschriften der §§. 203, 206, 207 entsprechende Anwendung.

Anwendbar auf Inhaberaktien (vgl. zu BGB. § 801). Zahlungssperre vgl. zu BGB. § 799.

Die §§ 203, 206, 207 BGB. enthalten Vorschriften über Hemmung bei Stillstand der Rechtspflege, Verhinderung an Rechtsverfolgung durch höhere Gewalt, bei Geschäftsunfähigkeit und bei einem Anspruch der zu einem Nachlaß gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet.

Zinsscheine.

§ 803. Werden für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber Zinsscheine ausgegeben, so bleiben die Scheine, sofern sie nicht eine gegentheilige Bestimmung enthalten, in Kraft, auch wenn die Hauptforderung erlischt oder die Verpflichtung zur Verzinsung aufgehoben oder geändert wird.

Werden solche Zinsscheine bei der Einlösung der Hauptschuldverschreibung nicht zurückgegeben, so ist der Aussteller berechtigt, den Betrag zurückzubehalten, den er nach Abs. 1 für die Scheine zu zahlen verpflichtet ist.

Anwendbar auf Inhaberaktien, soweit hier überhaupt Zinsscheine ausgegeben werden können (HGB. § 215 Anm. IIb). Über Gewinnanteilscheine bei Aktien vgl. HGB. § 228 Anm. II.

Verlorener oder vernichteter Zins-, Renten- oder Gewinnanteilschein.

§ 804. Ist ein Zins-, Renten- oder Gewinnantheilschein abhanden gekommen oder vernichtet und hat der bisherige Inhaber den Verlust dem Aussteller vor dem Ablaufe der Vorlegungsfrist angezeigt, so kann der bisherige Inhaber nach dem Ablaufe der Frist die Leistung von dem Aussteller verlangen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der abhanden gekommene Schein dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt oder der Anspruch aus dem Scheine gerichtlich geltend gemacht worden ist, es sei denn, dass die Vorlegung oder die gerichtliche Geltendmachung nach dem Ablaufe der Frist erfolgt ist. Der Anspruch verjährt in vier Jahren.

In dem Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine kann der im Abs. 1 bestimmte Anspruch ausgeschlossen werden.

Anwendbar auf Gewinnanteilscheine zu Aktien (KB. 71 z. HGB.).

Ausgabe neuer Zins- oder Rentenscheine.

§ 805. Neue Zins- oder Rentenscheine für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber dürfen an den Inhaber der zum Empfange der Scheine ermächtigenden Urkunde (Erneuerungsschein) nicht ausgegeben werden, wenn der Inhaber der Schuldverschreibung der Ausgabe widersprochen hat. Die Scheine sind in diesem Falle dem Inhaber der Schuldverschreibung auszuhändigen, wenn er die Schuldverschreibung vorlegt.

Der § 805 ist in HGB. § 230 für die Gewinnanteilscheine bei der AG. in entsprechender Fassung wiederholt.

Umschreibung auf Namen.

§ 806. Die Umschreibung einer auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten kann nur durch den Aussteller erfolgen. Der Aussteller ist zur Umschreibung nicht verpflichtet.

Der § 806 Satz 1 ist entsprechend anwendbar auf Inhaberaktien. Von § 806 Satz 2 abweichend für Inhaberaktien HGB. § 183 Abs. 2. — Eine Umschreibung der in § 806 vorausgesetzten Art liegt nicht schon in dem auf das Inhaberpapier gesetzten Vermerk, daß in einem Buch des Schuldners ein benannter Gläubiger als Berechtigter eingetragen sei (RG. 40 134).

Dritter Titel.

Verfassung und Geschäftsführung.

I. Vorstand (§§ 231—242).

§ 231.

Vertretungsmacht; Mitgliederzahl; Widerruf.

Die Aktiengesellschaft wird durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten.

Der Vorstand kann aus einer oder mehreren Personen bestehen.

Die Bestellung zum Mitgliede des Vorstandes ist jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung.

ADH. Art. 227. **Entw. I** § 212. **Entw. II** § 227.

I. **Notwendigkeit eines Vorstands.** Da die AG. ein Verein ist (Vorbem. II vor § 178), so ist anwendbar BGB. § 26 Abs. 1 Satz 1: „Der Verein muß einen Vorstand haben". Die Notwendigkeit eines Vorstands ist auch vorausgesetzt in HGB. § 182 Abs. 2 Nr. 4. Kein Vorstand in diesem Sinn ist eine Behörde, die von den übrigen Behörden der AG. völlig unabhängig ist, so daß die AG. nicht in der Lage ist, ungehorsame Mitglieder jener Behörde abzusetzen oder zur Verantwortung zu ziehen (RG. 3 131). — „Vorstand" ist ein juristischer Begriff. Unerheblich ist, wie bei der einzelnen AG. die vertretende Behörde bezeichnet wird (ebenso Esser Anm. 10; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 13, Pinner Anm. IV, Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 6), oder welche Titel den einzelnen Vorstandsmitgliedern beigelegt werden; die Behörde ist dennoch „Vorstand", wenn sie unter jenen juristischen Begriff fällt. — Wird der Vorstand in mehrere Unterabteilungen zerlegt (z. B. ROH. 18, 338), so sind für die Verteilung der Geschäftsführung § 235 Abs. 1, für die Verteilung der Vertretungsmacht §§ 232, 235 Abs. 2 maßgebend. — Über die Notwendigkeit eines Aufsichtsrats vgl. § 243 Anm. I. — Neben Vorstand und Aufsichtsrat können auch andere Behörden eingerichtet werden (§ 235 Abs. 2: „oder eines anderen Organs", Esser § 235 Anm. 6). Über die Zulässigkeit eines Verwaltungsrats vgl. § 243 Anm. I a. Die „Direktoren" einer Zweigniederlassung, wenn sie nicht im Einzelfall Vorstandsmitglieder der AG. sind, haben die Eigenschaft von Handlungsbevollmächtigten der AG. (RG. 8 IV 04 JW. 298 [27]). — Ein weiterer Begriff von Vorstand ist in der Seemannsordnung § 120 zu grund gelegt; wollte man dort nicht auch z. B. die Geschäftsführer der GmbH. als unter „Vorstand" mitbegriffen ansehen, so würden in SeemO. § 120 die Worte „oder sonstigen durch einen Vorstand vertretenen Handelsgesellschaften" gegenstandslos sein.

II. **Bestellung und Zusammensetzung.**

a. **Art** der Bestellung und Zusammensetzung. Vgl. § 182 Anm. IV b 5.

1. Allgemeines. Maßgebend für die Art der Bestellung und Zusammensetzung ist die Bestimmung der Satzung (§ 182 Abs. 2 Nr. 4). Der § 231 Abs. 2 (entsprechend dem BGB. § 26 Abs. 1 Satz 2) hebt nur hervor, daß der Vorstand aus einer oder mehreren Personen bestehen könne.

2. Wahlberechtigter. Die Bestellung der Vorstandsmitglieder erfolgt in der Regel durch eine Behörde der Gesellschaft (§ 236 Abs. 1 Satz 2), meistens durch den Aufsichtsrat. Hat die Satzung dem Aufsichtsrat die Bestellung oder Kündigung übertragen, so kann, solange die Satzung nicht geändert ist oder (§ 274 Anm. I c 3) gleichzeitig, betagt durch Eintragung, geändert wird, nicht die Generalversammlung bestellen oder kündigen (OLG. Hamburg 10 IV 01 OLGRspr. 2 462). — Nicht ausgeschlossen ist, daß die Mitglieder des Vorstands sämtlich oder teilweise durch einen Dritten bestellt werden (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 20, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 9; dagegen Rudorff zu Abs. 3); der § 236 Abs. 1 Satz 2 setzt den regelmäßigen Fall voraus, will jedoch wohl nicht diesen zum ausschließlich zulässigen erklären. Nur muß der AG. die Möglichkeit gewahrt sein, gegenüber dem Vorstand die Ausführung ihres Willens zu erzwingen (RG. 3 129), insbesondere die Möglichkeit des Widerrufs der Bestellung (Anm. I, V c). Auch Ergänzung des Vorstands durch Zuwahl seitens der übrigen Vorstandsmitglieder darf angeordnet werden. — Über die Bestellung des ersten Vorstands vgl. § 190 Anm. II. — Für anwendbar (Vorbem. II vor § 178; ebenso KG. 2 XII 01 EntschFG. 3 28 KGJ. 23 A 109,

Simon ZHR. **49** 13, Staub[7] Anm. 17; Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 14; dagegen Pinner ZHR. **50** 109, Staub[8]-Pinner § 178 Anm. 8, § 231 Anm. 20) ist zu erachten BGB. § 29:

„Soweit die erforderlichen Mitglieder des Vorstands fehlen, sind sie in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung des Mangels auf Antrag eines Beteiligten von dem Amtsgerichte zu bestellen, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat."

Der § 182 Abs. 2 Nr. 4 steht nicht entgegen, denn (BGB. § 40) auch bei anderen Vereinen gilt der § 29 BGB. trotz etwaiger Satzungsbestimmungen über die Bestellung des Vorstands.

3. Wählbare Personen. Soweit die Satzung nichts Gegenteiliges bestimmt, sind sowohl Aktionäre wie auch andere Personen, sowohl Männer wie auch Frauen, wählbar. Ob durch die Satzung Aktionäre zur Übernahme der Stellung als Vorstandsmitglied verpflichtet werden können, vgl. § 212 Anm. III b 3. — Über die Unvereinbarkeit der Stellung als Mitglied des Vorstands und als Mitglied des Aufsichtsrats vgl. § 248. — Über die für Reichsbeamte erforderliche Genehmigung zum Eintritt in Vorstand, Verwaltungs- oder Aufsichtsrat einer auf Erwerb gerichteten Gesellschaft bestimmt Reichsbeamteng. 31 III 73 § 16; über die für preußische Beamte erforderliche Genehmigung zum Eintritt in Vorstand, Verwaltungs- oder Aufsichtsrat einer AG. oder KAG. bestimmt G. 10 VI 70 (GS. 244). Ähnliche Bestimmungen bestehen (nach Esser Anm. 5) in Bayern, Württemberg, Baden, Braunschweig. Mangelnde Genehmigung macht nicht die Bestellung unwirksam. Das Registergericht kann daher nicht den Nachweis der Genehmigung fordern (Pinner Anm. II 4). — Über die Stellvertretung von Vorstandsmitgliedern § 242.

4. Zahl der Vorstandsmitglieder. Die Zahl der Vorstandsmitglieder muß ein- für allemal durch die Satzung festgelegt sein; die Satzung kann nicht dem Aufsichtsrat überlassen, überhaupt oder innerhalb gewisser Grenzen beliebig viele Vorstandsmitglieder zu bestellen (§ 182 Anm. IV a, vgl. RG. **44** 11; dagegen KGJ. **10** 37, Staub[8]-Pinner § 182 Anm. 23, Ring § 231 Nr. 2, Goldmann § 182 Nr. 28; vgl. § 243 Anm. II a); die gegenteilige Ansicht kann zu Mißständen führen, da über Beschlüsse des Aufsichtsrats, solange daraufhin keine Anmeldung erfolgt (§ 234 Anm. I d 4), nicht einmal eine Aufzeichnung vorhanden zu sein braucht (§ 243 Anm. III a). Erachtet man jedoch mit der herrschenden Meinung eine solche Ermächtigung des Aufsichtsrats für zulässig, so darf der Aufsichtsrat auch festsetzen, daß einige der Vorstandsmitglieder nur stellvertretende sein sollen (KG. 11 VII 02 KGJ. **24** A 197). Erfolgt eine Änderung der Zahl der Vorstandsmitglieder durch Satzungsänderung, so kann erst nach Eintragung der Satzungsänderung, (§ 277 Abs. 3) der Vorstand in der neu festgestellten Mitgliederzahl in Wirksamkeit treten (RG. 24 58). Zulässig ist jedoch, daß schon vor Eintragung der Satzungsänderung die Wahl der neuen Zahl von Vorstandsmitgliedern als eine durch Eintragung betagte vorgenommen wird (KG. 15 X 04 EntschFG. 5 67 KGJ. 28 A 224; vgl. § 277 Anm. IV). Im Zweifel ist eine bereits gleichzeitig mit dem Beschluß der Satzungsänderung vorgenommene Wahl des neuen Vorstandsmitglieds als eine durch die Eintragung der Satzungsänderung bedingte und betagte aufzufassen und so aufrecht zu erhalten.

b. **Vertragsverhältnis zwischen den Vorstandsmitgliedern und der Gesellschaft.**

1. Dienstvertrag oder Auftrag. In der Bestellung und deren Annahme liegt der Abschluß eines Vertrags (RGSt. 7 280). Auf dies Vertragsverhältnis kommen in Ermangelung besonderer Vereinbarungen der Regel nach (vgl. § 48 Anm. III) die Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag (BGB. §§ 611 ff., 675) zur Anwendung (BGB. § 611 Abs. 2, ROH. **19** 59, RG. 7 78); hiernach bestimmt sich im Zweifel auch das beiderseitige Kündigungsrecht (Anm. V, VI), sowie der Umfang der Ansprüche eines Vorstandsmitglieds im Fall des Widerrufs (D. 139). Bei Unentgeltlichkeit der Leistung des Vorstandsmitglieds sind die Vorschriften des BGB. über den Auftrag (BGB. §§ 662 ff.) anwendbar. — Bei Schließung eines Vertrags zwischen der AG. und einem Vorstandsmitglied ist das Vorstandsmitglied „Dritter" im Sinn des § 235 (§ 235 Anm. III c 2). Bei Konkurs der AG. erlischt der Dienstvertrag (KO. § 23 Abs. 2, HGB. § 70 Anm. I f).

2. Pflicht zu persönlicher Dienstleistung. Auch falls Dienstvertrag vorliegt, sind die Dienste im Zweifel vom Vorstandsmitglied in Person zu leisten (BGB. § 613; ob auch BGB. § 27 Abs. 3 und mithin auch BGB. § 664 anwendbar, vgl. zu BGB. § 27 hinter HGB. § 319).
3. Sicherheitsleistung. Eine vom Vorstandsmitglied geleistete Sicherheit braucht nach Lösung des Vertragsverhältnisses nicht früher seitens der AG. freigegeben zu werden, als bis er (BGB. §§ 675, 666) Rechnung gelegt und (BGB. §§ 675, 667) das in seiner Verwaltung befindliche Gesellschaftsvermögen an den neuen Vorstand abgeliefert hat (ROH. 24 365).
4. Rechnungslegung. Über den Inhalt der Rechnungslegungspflicht vgl. § 114 Anm. VI b. Die Rechnungslegung erfolgt durch Vorlegung des Bilanzentwurfs, der Gewinn- und Verlustrechnung und des Geschäftsberichts an die Generalversammlung (RG. 44 67). — Zwischen den Vorstandsmitgliedern und den einzelnen Aktionären besteht keine vertragliche Beziehung (RG. 29 5, vgl. § 241 Anm. IV c). Mithin hat auch nicht der einzelne Aktionär (KB. 87 ff.), und — abgesehen von dem aus § 264 Abs. 2 zu folgernden Recht der Mehrheit und Minderheit auf Aufklärung über bemängelte Bilanzposten — wohl nicht einmal die Mehrheit der Generalversammlung (Simon 19, vgl. § 260 Anm. II b), vielmehr haben nur der Aufsichtsrat und die etwa ernannten Revisoren ein Recht, Auskunfterteilung über Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen (vgl. M. 235); nur durch Ablehnung der Bilanzgenehmigung oder Entlastung und durch Widerruf und Neuwahl von Vorstandsmitgliedern kann unter Umständen die Mehrheit der Generalversammlung mittelbar auf genügende Auskunfterteilung hinwirken; auch hat der einzelne Aktionär ein Sonderrecht darauf, daß nicht vor Rechnungslegung Entlastung erteilt werde (§ 250 Anm. II c 11).
5. Vergütung. Ging die Absicht auf Leistung der Dienste gegen Entgelt, so ist mangels eines Abkommens über die Höhe des Entgelts die übliche Vergütung zu leisten (BGB. § 612 Abs. 2). Über Zusagen von Anteil am Gewinn vgl. § 237. Über Anteil am Umsatz vgl. § 237 Anm. I b. Über freiwillige Zuwendungen an Vorstandsmitglieder vgl. § 243 Anm. II f.
6. Weder Handlungsgehilfe noch Kaufmann. Das Vorstandsmitglied ist nicht Handlungsgehilfe (§ 59 Anm. I d); es ist als solches auch nicht Kaufmann (§ 1 Anm. IV d 3).
7. Zuständigkeit bei Rechtsstreiten. Nach GVG. § 101 Nr. 3a sind die Kammern für Handelssachen zuständig bei Rechtsstreitigkeiten aus dem Rechtsverhältnis zwischen den Vorstehern einer Handelsgesellschaft und der Gesellschaft oder deren Mitgliedern.

c. **Einwirkung des neuen Rechts auf ältere Verträge.** Auf vor Inkrafttreten des HGB. bestehende Dienstverträge ist anwendbar EGBGB. Art. 171 mit der Maßgabe in EGHGB. Art. 27; auf bestehende Auftragverträge EGBGB. Art. 170. Bei Anwendung des EGBGB. Art. 171 ist zu beachten, daß dort unter Kündigung nur die befristete Kündigung zu verstehen ist („nach den bisherigen Gesetzen" war jede „Kündigung" befristet); Widerruf steht daher nicht der in Art. 171 erwähnten Kündigung gleich (unten Anm. V a; ebenso Staub 8-Pinner Anm. 40; dagegen Lehmann ZHR. 48 118, Ring Nr. 16 und wohl auch Goldmann Nr. 30).

III. **Geschäftsführung.**

a. **Form** der Geschäftsführung (Beschlußfassung). Über die äußere Form der Geschäftsführung bei Mehrheit der Vorstandsmitglieder bestimmt allgemein für rechtsfähige Vereine (zu denen die AG. gehört, Vorbem. II vor § 178) das Bürgerliche Gesetzbuch:

§ 28 Abs. 1. „Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so erfolgt die Beschlußfassung nach den für die Beschlüsse der Mitglieder des Vereins geltenden Vorschriften der §§ 32, 34."

§ 32. „Die Angelegenheiten des Vereins werden, soweit sie nicht von dem Vorstand oder einem anderen Vereinsorgane zu besorgen sind, durch Beschlußfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet. Zur Gültigkeit des Beschlusses ist erforderlich, daß der

Gegenstand bei der Berufung bezeichnet wird. Bei der Beschlußfassung entscheidet die Mehrheit der erschienenen Mitglieder.

Auch ohne Versammlung der Mitglieder ist ein Beschluß giltig, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschlusse schriftlich erklären."

§ 34. „Ein Mitglied ist nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlußfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Vereine betrifft."

Die §§ 28 Abs. 1, 32, 34 BGB. sind für anwendbar auch auf die AG. zu erachten (ebenso Simon ZHR. **49** 12, Ring Nr. 7, Goldmann Nr. 18; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 8, Esser Anm. 2, Pinner ZHR. **50** 109). Allerdings ist das Gegenteil ausgesprochen in D. 140: „Der Grundsatz, daß, sofern die gesetzliche Regel nicht durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert wird, die Mitglieder des Vorstands nicht einzeln zum selbständigen Handeln befugt sind, erstreckt sich auch auf das innere Verhältnis. Die Vorschrift des § 28 BGB., wonach die Beschlußfassungen des Vorstands einer juristischen Person im Zweifel nach Stimmenmehrheit erfolgen, findet mithin bei der Aktiengesellschaft auch in betreff der Geschäftsführung keine Anwendung." Im Handelsgesetzbuch selbst sucht man indessen vergebens nach einer Bestimmung, die entsprechend etwa dem § 115 Abs. 2 gesetzlich festlegt, daß für jedes Geschäft die Zustimmung aller Vorstandsmitglieder erforderlich sei. Nicht etwa § 232 Abs. 1 Satz 1 enthält eine solche Bestimmung, denn die Abgabe von „Willenserklärungen" kommt überwiegend für die Vertretung in Betracht (vgl. BGB. § 164), während die Geschäftsführung auch zahlreiche andere Handlungen umfaßt; die übrigen Vorschriften des § 232 sind ausdrücklich nur für die Vertretungsmacht gegeben (§ 232 Abs. 1 Satz 2 „ermächtigen", Abs. 2 „Vertretung", „vertreten"); der § 232 entspricht überhaupt dem nur auf die Vertretungsmacht bezüglichen § 125. Da hiernach das HGB. nichts über die Geschäftsführungsbefugnis der einzelnen Vorstandsmitglieder bestimmt, so kommen — mangels etwaiger abweichender Satzungsbestimmung (BGB. § 40; vgl. auch HGB. § 235 Abs. 1) — die obigen allgemeinen Bestimmungen des BGB. zur Anwendung. Auch sachlich besteht hiergegen kein Bedenken, denn die Bestimmungen des BGB. bewirken eine größere Beweglichkeit bei der Geschäftsführung als bei Zugrundlegung der in der Denkschrift vertretenen Ansicht vorhanden wäre, und es ist kein Grund ersichtlich, aus welchem eine besondere Erschwerung bei der AG. wünschenswert wäre.

b. **Inhalt** der Geschäftsführung. Für den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis (einschließlich der Vertretungsbefugnis, § 125 Anm. IIa) des einzelnen Vorstandsmitglieds ist in erster Reihe der Anstellungsvertrag maßgebend. Der Vorstand ist jedoch — unbeschadet etwaiger Kündigungs-, Rücktritts- oder nur auf Geldersatz richtbarer Schadensersatzansprüche einzelner Vorstandsmitglieder auf Grund des Anstellungsvertrags (unten Anm. Ve) — verpflichtet, Beschränkungen der Vertretungsbefugnis durch Satzung oder Generalversammlungsbeschluß einzuhalten. Und zwar auch dann, wenn diese beschränkenden Bestimmungen im Widerspruch zu dem Inhalt eines Anstellungsvertrags nachträglich getroffen werden. Dies ist zwar nicht aus § 235 Abs. 1, wo nach der Entstehungsgeschichte (P. 1056, 1060f.) an diesen Fall nicht gedacht ist, aber durch entsprechende Anwendung des § 231 Abs. 3 und daraus abzuleiten, daß (Planck[2] § 611 Anm. 3c) nach den allgemeinen Grundsätzen des Dienstvertrags eine bestimmte Art des Beschäftigtwerdens in der Regel nicht mit Erfüllungsklage erzwingbar ist. — Dem einzelnen Vorstandsmitglied braucht nicht notwendig überhaupt eine Geschäftsführungsbefugnis übertragen zu werden (RG. **24** 72; dagegen Pinner Anm. V 1). — Die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands umfaßt auch ungewöhnliche Geschäfte (CosackHR. § 116 I 3a); er braucht — außer soweit § 253 Abs. 2 eingreift — nicht die Zustimmung der Generalversammlung einzuholen (dagegen Pinner Anm. II 1). — Falls nichts anderes bestimmt ist, hat der Vorstand daher auch ohne besonderen Ermächtigungsbeschluß einer anderen Gesellschaftsbehörde die Befugnis zur Errichtung einer Zweigniederlassung (enger KG. 20 VIII 95 ZHR. **47** 105). — Zu den dem Vorstand obliegenden Verpflichtungen gehört auch, dafür Sorge zu tragen, daß die Firma der Gesellschaft nicht von

Unbefugten in einer zur Täuschung geeigneten Weise gebraucht wird (RG. 23 I 03 JW. Beil. 39[81]).

c. **Ausführung gesetz- oder satzungswidriger Mehrheitsbeschlüsse.** Ein Mehrheitsbeschluß, der gegen Gesetz oder Satzung verstößt, ist unverbindlich, auch für das in der Minderheit gebliebene Mitglied. Dies Mitglied, wenn es sich bei Ausführung eines solchen Beschlusses beteiligt, ist daher durch die Tatsache, daß ein Mehrheitsbeschluß ergangen ist, nicht gedeckt (Esser Anm. 6; vgl. auch § 241 Anm. II b 2).

IV. **Vertretungsmacht.** Vgl. § 125 Anm. I, II a. Die Vertretungsmacht steht dem Vorstand als Behörde zu (vgl. RG. **41** 57), nicht — abgesehen von den in § 232 erörterten Ausnahmefällen — den einzelnen Mitgliedern. Die Vertretungsmacht des Vorstands kann nicht durch Satzungsbestimmung entzogen (D. 127, BGB. § 26 Abs. 2 Satz 1, § 40) oder mit Wirkung gegenüber Dritten beschränkt werden (HGB. § 235; vgl. auch § 232 Anm. III). — Da die AG. ein Verein ist (Vorbem. II vor § 178), so ist der Vorstand „in der Stellung eines gesetzlichen Vertreters" der Aktiengesellschaft im Sinn des BGB. (BGB. § 26 Abs. 2, HGB. § 125 Anm. I c); er ist „gesetzlicher Vertreter" im Sinn der CPO. (CPO. § 51, HGB. § 125 Anm. I c) und daher nicht fähig, als Zeuge im Rechtsstreit der AG. vernommen zu werden (§ 210 Anm. II c). Aus demselben Grund ist für die Haftung der AG. bei widerrechtlicher Schadenzufügung maßgebend BGB. § 31: „Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt" (HGB. § 125 Anm. I d; ebenso Simon ZHR. **49** 13, Pinner ZHR. **50** 109, RG. 23 I 03 JW. Beil. 39[81], Staub⁸-Pinner § 178 Anm. 9; vgl. RG. **41** 96, **53** 27, 57 94). Über den Umfang der Vertretungsmacht vgl. § 235 Anm. III a.

V. **Widerruf.** Vgl. § 52 Anm. I.

a. **Verhältnis zur Kündigung gemäß dem zu grund liegenden Vertragsverhältnis.** Widerrufen wird „die Bestellung", also der ganze Anstellungsvertrag (Ring Nr. 12, Goldmann Nr. 25; abw. Staub⁸-Pinner Anm. 19), nicht etwa nur die kraft Anstellungsvertrag bestehende Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht. Widerruf und fristlose Kündigung sind so ähnliche Gestaltungen, daß als Wille des Gesetzgebers angesehen werden muß, daß letztere nicht noch neben ersterem zulässig ist (ähnlich Pinner § 243 Anm. VIII 3). Wollte man das Gegenteil annehmen, so würde die Formvorschrift in § 243 Abs. 4 leicht umgehbar sein. Soweit daher im HGB. der Widerruf geregelt ist, kommen die Vorschriften des BGB. über fristlose Kündigung nur für die Entscheidung der Frage in Betracht, ob ein Anspruch auf vertragsmäßige Vergütung bestehen bleibt. Dagegen ist die bei Verträgen auf unbestimmte Zeit zur Anwendung kommende befristete Kündigung eine von dem Widerruf völlig verschiedene Einrichtung. Deren Zulässigkeit ist daher durch die Bestimmungen über den Widerruf nicht berührt.

b. **Beschränkung oder Ausschließung der Widerruflichkeit.** Der § 231 Abs. 3 stimmt überein mit BGB. § 27 Abs. 2 Satz 1. Das BGB. fährt dann fort in § 27 Abs. 2 Satz 2:

„Die Widerruflichkeit kann durch die Satzung auf den Fall beschränkt werden, daß ein wichtiger Grund für den Widerruf vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung." So auch GmbHG. § 38 Abs. 2.

Würde das HGB. die in BGB. § 27 Abs. 2 Satz 1 ausgesprochene Regel nicht wiederholen, so würde die im BGB. gegebene Regel und die daselbst zugelassene Ausnahme anwendbar sein. Da jedoch das HGB. die Regel ausdrücklich wiederholt, die Ausnahme aber ausläßt, so wird man wohl zu schließen haben, daß für die AG. jene Ausnahme nicht gelten soll (ebenso KG. 29 VI 05 KGJ. **30** A 135). Ist das Vorstandsmitglied einer AG. mit der Maßgabe, daß seine Bestellung nur aus wichtigem Grund widerrufen werden dürfe, angestellt, so kann es daher, wenn ohne wichtigen Grund die Bestellung (dauernd oder einstweilig) widerrufen wird, dennoch nicht auf Rücknahme des Widerrufs klagen (ROH. **14** 85), ist vielmehr auf den Vergütungsanspruch beschränkt (dagegen RG. **44** 98 für den Fall der

GmbH., der aber nach Vorstehendem anders liegt). Die Widerruflichkeit kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden (§ 52 Anm. 1, ROH. 23 327; vgl. RG. 27 40).

c. **Widerrufsberechtigter** ist im Zweifel derjenige, dem die Bestellung zusteht, und falls eine Behörde der AG. zu bestellen hat, dieselbe Behörde (ebenso KG. 29 VI 05 KGJ. 30 A 134). Im Verhältnis zu den Vorstandsmitgliedern jedenfalls auch der Aufsichtsrat (§ 247 Abs. 1; anders Pinner Anm. VIII 3b, Ring Nr. 13, Staub Anm. 15, Goldmann Nr. 27; die Möglichkeit eines Widerrufs durch einfache Mehrheit der Generalversammlung wie auch durch den Aufsichtsrat ist vorausgesetzt in KG. 75). Ist aber bestellungsberechtigt nicht eine Behörde der AG., sondern ein Dritter, so ist außer diesem auch die AG. widerrufsberechtigt, da ohne eine derartige Möglichkeit der Einwirkung seitens der AG. der sogenannte Vorstand kein solcher im Sinn des Gesetzes wäre (oben Anm. I).

d. **Suspension** ist nicht (was ROH. 14 86 annimmt) als (einstweiliger) Widerruf der Be-Bestellung (vgl. oben Anm. Va) zum Vorstandsmitglied aufzufassen, vielmehr nur als eine vorläufige Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis einschließlich der Vertretungsbefugnis, d. h. des nach innen bestehenden Rechts zur Vertretung (§ 235 Anm. Ia). Eine Entziehung der Vertretungsmacht (gegenüber Dritten) in anderer Weise als durch Widerruf der Bestellung als Vorstandsmitglied ist unausführbar (§ 232 Anm. IV). Vgl. auch GenG. § 40.

e. **Unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung.** Vgl. § 52 Anm. Ia. Für den Umfang der Ansprüche sind, falls ein Dienstverhältnis vorlag, die allgemeinen Vorschriften über den Dienstvertrag maßgebend (oben Anm. II). Das ohne Grund entlassene Vorstandsmitglied hat die Erfüllungsklage auf Auszahlung des Gehalts für die Zukunft, es ist nicht auf Geltendmachung von Ansprüchen auf Schadensersatz beschränkt (OLG. Kiel 10 V 94 ZHR. 47 117). Ein im Einzelfall etwa begründeter Schadensersatzanspruch kann — da anderenfalls die in § 231 Abs. 3 bestimmte Widerruflichkeit aufgehoben wäre — nicht auf Zustandsherstellung, sondern nur auf Gelderſatz gerichtet werden. Der Widerruf gibt unter Umständen dem Vorstandsmitglied einen wichtigen Grund zu fristloser Kündigung (BGB. §§ 626, 628 Abs. 2, vgl. HGB. § 52 Anm. Ib). Kein Anspruch des Vorstandsmitglieds verbleibt, wenn nach Maßgabe des Dienstvertrags die Entlassung eine gerechtfertigte war (RG. 7 77), und zwar sowohl im Fall des § 626 BGB. (Kündigung wegen wichtigen Grunds) wie auch wenn der Fall des § 627 BGB. (Dienste höherer Art auf Grund besonderen Vertrauens, ohne dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen) vorliegt.

VI. **Niederlegung** des Amts als Vorstandsmitglied. Maßgebend ist, falls Auftrag vorliegt, BGB. § 671, falls Dienstvertrag vorliegt, BGB. §§ 626ff. Liegt Auftrag vor, so kann mithin das Vorstandsmitglied jederzeit durch einseitige fristlose Kündigung sein Amt niederlegen; die Niederlegung ist selbst dann gültig, wenn sie zur Unzeit, also in der Weise geschieht, daß die AG. für die Besorgung der Vorstehergeschäfte nicht anderweit Fürsorge treffen kann; doch macht eine solche Kündigung zur Unzeit schadensersatzpflichtig außer bei Vorhandensein eines wichtigen Grunds für unzeitige Kündigung (KG. 21 XI 04 KGJ. 29 A 100). Liegt, was beim Vorstand die Regel bildet (oben Anm. IIb), ein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen vor, so kann mithin das Vorstandsmitglied ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Amt niederlegen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (BGB. § 626); der Vorsteher wird jedoch schadensersatzpflichtig, wenn er, außer bei Vorhandensein eines wichtigen Grunds für unzeitige Kündigung, in der Art kündigt, daß die AG. für die Besorgung der Vorstehergeschäfte nicht anderweit Fürsorge treffen kann (BGB. §§ 675, 671 Abs. 2; ebenso Bernau IheringsJ. 44 246; dagegen Staub[k]-Pinner Anm. 21, wo zu Unrecht die Anwendbarkeit des § 671 Abs. 2 auf Kündigung aus wichtigem Grund geleugnet wird, und Bauer[3] Aufsichtsrat 31). Eine ungerechtfertigte Niederlegungserklärung bringt an sich das Dienstverhältnis nicht zum Erlöschen (§ 70 Anm. IVa). Die Niederlegungserklärung ist zu richten an den Aufsichtsrat (§ 247 Anm. Ic) oder an einen anderen zur Vertretung der AG. gegenüber dem Vorstandsmitglied Ermächtigten.

§ 232.

Gesamtvertretung.

Zu Willenserklärungen, insbesondere zur Zeichnung des Vorstandes für die Gesellschaft, bedarf es der Mitwirkung sämmtlicher Mitglieder des Vorstandes, sofern nicht im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist. Der Vorstand kann jedoch einzelne Mitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist eine Willenserklärung der Gesellschaft gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes.

Steht nicht jedem einzelnen Vorstandsmitgliede die selbständige Vertretung der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrage zu, so kann durch diesen bestimmt werden, daß die Vorstandsmitglieder, wenn nicht mehrere zusammen handeln, in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen. Auch kann durch den Gesellschaftsvertrag der Aufsichtsrath ermächtigt werden, einzelnen Mitgliedern des Vorstandes die Befugniß zu ertheilen, die Gesellschaft allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zu vertreten. Die Vorschriften des Abs. 1 Satz 2, 3 finden in diesen Fällen entsprechende Anwendung.

ADH. Art. 229 Abs. 1. **Entw. I** § 213. **Entw. II** § 228.

I. **Gesamtvertretung durch Vorstandsmitglieder.** Vgl. § 125 Anm. III. Sie bildet bei dem Vorstand der AG., wenn er aus mehreren Personen besteht, die Regel (§ 232 Abs. 1 Satz 1). Über die Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter durch alle (§ 232 Abs. 1 Satz 2) vgl. § 125 Anm. IIIb. Eine solche Ermächtigung ist in der Regel anzunehmen, wenn die selbständige Vornahme bestimmter Geschäfte durch ein einzelnes Vorstandsmitglied fortgesetzt von den übrigen Mitgliedern geduldet wird (D. 139, § 125 Anm. IIIb 3), vorausgesetzt, daß die Grenze der erteilten Vollmacht erkennbar ist (§ 125 Anm. IIIb 3). Über nachträgliche Genehmigung der Vertretungshandlung eines Gesamtvertreters durch die übrigen vgl. § 125 Anm. IIId 1. Über Verschulden, widerrechtliche Schadenszufügung, Bösgläubigkeit eines einzelnen von mehreren Gesamtvertretern vgl. § 125 Anm. Id, e. Über die Abgabe von Willenserklärungen gegenüber der Gesellschaft (§ 232 Abs. 1 Satz 3) vgl. § 125 Anm. IIIc. Über die Abgabe von Willenserklärungen seitens der Gesellschaft vgl. § 125 Anm. IIId, § 233. Enthält die Satzung nur Vorschriften über das Zusammenwirken bei schriftlichen Willenserklärungen, so sind diese auch auf das Zusammenwirken bei mündlichen Erklärungen entsprechend anzuwenden (ROH. 3 183, 16 34; vgl. § 51 Anm. I). Auf Leistung eines Parteieides seitens der gesamtvertretenden Vorstandsmitglieder findet CPO. § 474 Anwendung: entscheidend für die Frage, wer den Eid zu leisten hat, ist die Zeit der Eidesleistung (RG. 45 428; vgl. § 124 Anm. IIc 5).

II. **Einzelvertretung.** Vgl. § 125 Anm. IIa. Besteht der Vorstand gemäß Satzung (§ 182 Abs. 2 Nr. 4) nur aus einer Person, so tritt nach Gesetz Einzelvertretung ein (§ 231 Abs. 1). Besteht er aus mehreren Personen, so kann Einzelvertretung nur eintreten, wenn die Satzung (§ 182 Anm. I) eine hierauf bezügliche Bestimmung enthält, sei es die unmittelbare Anordnung der Einzelvertretung (§ 232 Abs. 1 Satz 1), sei es die Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Verleihung der Befugnis zur Einzelvertretung (§ 232 Abs. 2 Satz 2). Eine derartige Satzungsbestimmung und auch die etwaige Anordnung des Aufsichtsrats sind in das Handelsregister einzutragen (§ 198 Anm. IIIi, § 234). Die Ermächtigung des Aufsichtsrats zu einer solchen Anordnung schließt im Zweifel auch dessen Ermächtigung zu einer späteren gegenteiligen Anordnung ein (Rudorff zu Abs. 2).

III. **Gesamtvertretung durch Vorstandsmitglied und Prokuristen.** Vgl. § 125 Anm. IV, § 48 Anm. IVd. Über die Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter durch alle (§ 232 Abs. 2 Satz 3) vgl. § 125 Anm. IIIb. Über die Frage, ob die Satzung auch eine Gesamtvertretung

durch Vorstandsmitglied und Handlungsbevollmächtigten zulassen kann, vgl. § 125 Anm. IV b.

a. **Gemäß Satzungsbestimmung.** Der § 232 Abs. 2 Satz 1 erkennt die Zulässigkeit einer derartigen Form der Gesamtvertretung an (so schon nach früherem Recht ROH. 8 340, KGJ. 2 20; vgl. RG. 40 17), jedoch nur für den Fall, daß für die betreffende Gesellschaft an sich die **Gesamt**vertretung durch Vorstandsmitglieder erforderlich ist (für die oHG. vgl. § 125 Anm. IV c). Die letztere Beschränkung folgt aus den Worten: „steht nicht jedem einzelnen Vorstandsmitgliede die selbständige Vertretung der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrage zu." Auch ist die Bindung an Mitwirkung des Prokuristen nur für diejenigen Einzelfälle zulässig, in denen nicht die mehreren gesamtvertretenden Vorstandsmitglieder handeln (KG. 23 IV 00 EntschFG. 1 51 KGJ. 20 A 35 OLGRspr. 1 184). — Über die Frage, ob die Anordnung einer Gesamtvertretung mit einem Prokuristen auch dann zulässig ist, wenn nur ein Vorsteher vorhanden ist, also nicht nach Satzung, sondern nach Gesetz diesem die selbständige Vertretung zusteht, enthält § 232 Abs. 2 keine ausdrückliche Bestimmung. Durch Erwähnung nur des einen Falles wollte das Gesetz den anderen Fall ausschließen (KG. 23 IV 00 EntschFG. 1 51 KGJ. 20 A 35, 12 I 05 EntschFG. 5 243 KGJ. 29 A 97 OLGRspr. 11 36, Pinner Anm. V, Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 12, Staub[8]-Pinner Anm. 17; nach früherem Recht dahinstellend KG. 11 II 95 KGJ. 15 99). Auch wäre, wenn man die Beschränkung des einzigen Vorstehers durch Bindung an die Mitwirkung eines Prokuristen zulassen wollte, kein selbständig vertretungsberechtigter Vorstand vorhanden, den das Gesetz erfordert (§ 231 Anm. I, IV). Die Gesamtvertretungsmacht von Vorstandsmitglied und Prokurist ist aber, selbst wenn man in der Bestellung des Prokuristen als Gesamtvertreter zugleich eine besondere Ermächtigung gemäß § 49 Abs. 2 erblickt (§ 125 Anm. IV d, Pinner Anm. V; vgl. jedoch Düringer-Hachenburg § 50 Anm. II), keine so umfassende wie die Vertretungsmacht des Vorstands (dagegen Ring Nr. 6); denn nach § 49 Abs. 1 bleibt der Prokurist stets auf die zum Betrieb des Handelsgewerbes gehörenden Handlungen beschränkt, ist daher z. B. nicht ermächtigt zum Verkauf des Geschäfts (§ 49 Anm. II a). — Über die Wirkung einer Beschränkung der Gesamtprokura auf den Betrieb einer einzelnen Niederlassung vgl. § 235 Anm. III b 2.

b. **Gemäß Anordnung des Aufsichtsrats.** Der § 232 Abs. 2 Satz 2 setzt ebenso wie Satz 1 voraus, daß mehrere gesamtvertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder vorhanden sind. Unter dieser Voraussetzung kann die Satzung den Aufsichtsrat ermächtigen, und dieser kann gemäß dieser Ermächtigung die Vertretungsmacht einzelner Vorstandsmitglieder dahin erweitern, daß sie nicht, wie anderenfalls, an die Mitwirkung anderer Vorstandsmitglieder, sondern nur an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden sind. Eine derartige Satzungsbestimmung und auch die etwaige Anordnung des Aufsichtsrats sind in das Handelsregister einzutragen (§ 198 Anm. III i, § 234). Über die Zulässigkeit einer Abänderung der Anordnung vgl. oben Anm. II.

IV. **Ausschluß eines einzelnen Vorstandsmitglieds von aller Vertretungsmacht** ist nicht für zulässig zu erachten (ebenso Rudorff; dagegen P. 361); ein solcher Ausschluß ist für den Vorstand nicht wie für den Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft im HGB. erwähnt, sondern durch den Widerruf ersetzt. Dagegen kann durch Satzungsänderung oder Anordnung des durch Satzung ermächtigten Aufsichtsrats die etwa vorhandene Einzelvertretungsmacht in seine Geamtvertretungsmacht geändert werden.

§ 233.

Zeichnung.

Der Vorstand hat in der Weise zu zeichnen, daß die Zeichnenden zu der Firma der Gesellschaft oder zu der Benennung des Vorstandes ihre Namensunterschrift hinzufügen.

ADH. Art. 229 Abs. 2. **Entw. I** § 214. **Entw. II** § 229.

Der § 233 bestimmt über die Art, wie der Vorstand, wenn er für die Gesellschaft oder für sich selbst auftritt, zu zeichnen hat. (Die §§ 195 Abs. 4 und 234 Abs. 3 bestimmen nur darüber, welche Zeichnungen zum Zweck der Aufbewahrung bei dem Gericht abzugeben sind.) Die Vorschrift ist nur Ordnungsvorschrift; ein Verstoß macht die Willenserklärung nicht unwirksam (§ 51 Anm. II, ROH. 18 340, KG. 24 XII 00 KGJ. 21 A 106). Daher ist z. B. eine vom Vorstand ausgehende Bekanntmachung wirksam auch, wenn sie nur mit der Firma oder mit der Bezeichnung des Vorstands ohne Hinzufügung der Namen gezeichnet ist (Bolze 5 Nr. 755). Um so mehr ist eine Urkunde gültig, auf welche zwar nicht die eigenhändigen, aber doch die facsimilierten Unterschriften der Vorstandsmitglieder mit deren Willen gesetzt sind (RG. 14 97; vgl. § 181). Über die Art des Zusammenwirkens mehrerer Gesamtvertreter bei gemeinsamer Zeichnung vgl. § 125 Anm. III d 2.

§ 234.

Anmeldung von Änderungen.

Jede Aenderung des Vorstandes oder der Vertretungsbefugniß eines Vorstandsmitgliedes sowie eine auf Grund des § 232 Abs. 2 Satz 2 von dem Aufsichtsrathe getroffene Anordnung ist durch den Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung ist eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Urkunden über die Aenderung oder Anordnung beizufügen. Diese Vorschrift findet auf die Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung keine Anwendung.

Die Vorstandsmitglieder haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

ADH. Art. 233 Abs. 1, 228. **Entw. I** § 215. **Entw. II** § 230.

I. **Anmeldung.**

a. **Form.** Vgl. § 12 Anm. I, § 195 Anm. I d.

b. **Zuständige Gerichte.** Vgl. § 195 Anm. I a, § 125 Anm. VI a.

c. **Anmeldepflichtig** ist der Vorstand. Also der Vorstand als Behörde, nicht (wie für die ursprüngliche Anmeldung in § 195 Abs. 1 vorgeschrieben) alle einzelnen Mitglieder (dagegen nach früherem Recht KGJ. 17 13). Daher genügt ein Mitwirken derjenigen Mitglieder, deren Mitwirken auch für sonstige Vertretungshandlungen genügt (§ 108 Anm. I, D. 155). In den Fällen, in denen ausnahmsweise sämtliche Mitglieder des Vorstands anmeldepflichtig sein sollen, ist dies ausdrücklich hervorgehoben (vgl. z. B. §§ 289, 291). Von der vorstehenden Frage ist die andere zu unterscheiden, gegen wen bei Unterlassen der Anmeldung das Ordnungsstrafverfahren zu richten ist; hierüber vgl. § 319 Anm. II c. — Da nur bereits erfolgte (oder gleichzeitig erfolgende) Änderungen angemeldet werden können (§ 12 Anm. V d, RG. 22 59), nach erfolgter Änderung aber der Vorstand in seiner früheren Zusammensetzung nicht mehr „der Vorstand" ist, so folgt, daß die Anmeldung durch den Vorstand in seiner neuen Zusammensetzung zu bewirken ist (so für GmbH KGJ. 16 26, für Gen. KGJ. 18 33, für Liquidatoren der AG. KGJ. 14 30).

d. **Anzumeldende Tatsachen.**

1. Änderung des Vorstands, d. h. in der Zusammensetzung des Vorstands (genauer § 244: „Änderung in den Personen der Mitglieder"). Die etwa neu eintretenden Mitglieder sind nach Namen, Stand und Wohnort zu bezeichnen (vgl. § 198 Anm. III g). Eine Wiederwahl ist nicht anzumelden, da hierdurch keine Änderung in der Zusammensetzung des Vorstands erfolgt (D. 295, Staub[3]-Pinner Anm. 1, Ring Nr. 1, Pinner Anm. II, Goldmann Nr. 2; abweichend bei eingetragenen Vereinen BGB. § 67). — Nicht anmeldungspflichtig ist die Namen- oder Wohnortsänderung eines Vorstandsmitglieds (KG. 9 II 05 KGJ. 29 A 214 OLGRspr. 10 331). Ebensowenig eine Standesänderung des eingetragenen Vorstandsmitglieds. Doch kann die Anmeldung und Eintragung dieser Tatsachen nicht für unzulässig erachtet werden, da hierdurch eine

bereits erfolgte Eintragung nur entsprechend dem neuen Zustand berichtigt wird (§ 12 Anm. V c, KG. 11 V 05 KGJ. **30** B. 34). Keine Standesänderung liegt jedoch in einer bloßen Titelverleihung (vgl. KG. 6 VI 00 EntschFG. **1** 107 KGJ. **20** A 270 OLGRspr. **1** 358). — Die Zeit, für welche die Bestellung eines Vorstandsmitglieds (oder eines Stellvertreters) erfolgt, ist nicht eintragungspflichtig und daher (§ 12 Anm. V c) nicht eintragungsfähig (ebenso HoldheimsMSchr. **94** 204). Über die Wirkung einer trotzdem erfolgten Eintragung der Zeitbegrenzung vgl. § 15 Anm. III d 3 β. — Auch das Aufhören der Bestellung (durch Kündigung, Widerruf, Zeitablauf oder Vertrag) bewirkt eine Änderung; die Löschung ist dann vom Registergericht durch Ordnungsstrafen zu erzwingen (§ 14). Über die gegenüber Dritten eintretende Wirkung des Unterlassens der Löschung des Vorstandsmitglieds nach Aufhören seiner Bestellung vgl. § 15 Anm. III d 1, § 242 Anm. II. Über Anmeldung von Stellvertretern für Vorstandsmitglieder vgl. § 22 Anm. III.

2. Änderung der Vertretungsbefugnis eines Vorstandsmitglieds. Was hierunter verstanden, ist nicht unzweifelhaft. Auf den Gebrauch des Wortes „Vertretungsbefugnis" statt „Vertretungsmacht" in § 125 Abs. 4 ist kein Gewicht zu legen. Beide Ausdrücke sind auch an anderen Stellen als gleichbedeutend gebraucht (§ 235 Anm. I a). Eine Änderung durch Unterermächtigung seitens der Gesamtvertreter (§ 232 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3) ist nicht gemeint (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 1, Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 5; dagegen früher Pinner Anm. II), denn auch bei der offenen Handelsgesellschaft ist eine derartige Änderung der Vertretungsmacht nicht einzutragen (§ 125 Abs. 4), und es hätte nahe gelegen, klarer hervorzuheben (z. B. durch Anführung nicht nur des „§ 232 Abs. 2 Satz 2", sondern auch des „§ 232 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3"), wenn für den Vorstand der AG. das Gegenteil gelten sollte. Gemeint ist ferner nicht eine Änderung der Vertretungsmacht durch Anordnung des Aufsichtsrats, denn dieser Fall ist noch außerdem ausdrücklich genannt (unten zu 3). Ebensowenig eine Änderung der Vertretungsbefugnis durch Beschluß der Generalversammlung (§ 235 Abs. 1), denn ein solcher Beschluß wirkt nicht für das Verhältnis zu Dritten. Hiernach bleibt wohl nur übrig eine Änderung der Vertretungsmacht infolge von Satzungsänderung. In diesem Fall ist aber ohnedies die Satzungsänderung als solche anzumelden (§ 277). Vielleicht ist beabsichtigt, durch die Bestimmung des § 234 auszudrücken, daß in solchem Fall bei Anmeldung der Satzungsänderung auch auf die hierdurch geänderte Vertretungsmacht ausdrücklich hingewiesen werden soll, zumal der Registerrichter eine besondere hierauf bezügliche Eintragung zu bewirken hat (§ 277 Abs. 2, § 198 Anm. III i).

3. Anordnung des Aufsichtsrats auf Grund des § 232 Abs. 2 Satz 2. Eine solche Anordnung ist eintragungsfähig nur (§ 195 Anm. I g 2), wenn der Aufsichtsrat durch die Satzung zu einer derartigen Anordnung ermächtigt ist.

4. Anordnung des Aufsichtsrats über Zahl der Vorstandsmitglieder? Nähme man (mit der herrschenden Meinung; dagegen § 231 Anm. II a) an, daß der Aufsichtsrat auch ermächtigt werden kann, über die Zahl der Vorstandsmitglieder Anordnung zu treffen, so würde die weitere Frage entstehen, ob auch eine derartige Anordnung zur Eintragung anzumelden, einzutragen und durch das Gericht bekanntzumachen sei (für Bejahung KGJ. **10** 38). Dies ist wohl zu verneinen, denn wenn man die Worte „Änderung des Vorstands" in § 234 so weit auslegen wollte, daß sie auch diesen Fall umfassen, so würden sie auch den Fall einer Änderung der Zahl durch Satzungsänderung einschließen, während doch andererseits (§ 319 Abs. 2) ein Zwang zur Anmeldung in letzterem Fall nicht besteht.

e. **Wirkung der Anmeldung oder Nichtanmeldung.** Auch der nicht eingetragene Vorstand einer eingetragenen (vgl. § 200 Anm. II) AG. ist vertretungsberechtigt (RG. **9** 91). Gegen Dritte wirkt nicht schon die Anmeldung, sondern erst die Eintragung und Bekanntmachung; zur Anwendung kommt § 15 (D. 140). Werden Vorstandsmitglieder auf Grund eines ungültigen und noch (gemäß § 271 oder in anderer Weise) angreifbaren Generalversammlungsbeschlusses eingetragen, so heilt die Eintragung nicht die Ungültigkeit, und der Dritte kann die Vertretungsmacht des zu Unrecht Eingetragenen bestreiten (§ 15 Anm. III d 3 α; da-

gegen ROH. 20 210). Die Anmeldung ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§ 14); die gegenteilige Ansicht Rudorffs ist irrig, da § 319 hier nicht eingreift.

II. **Beizufügende Urkunden.** Beizufügen ist in der Regel das Protokoll, welches den betreffenden Beschluß der Generalversammlung oder des Aufsichtsrats enthält. Gemeint ist für den Fall der Änderung in der Person wohl nur, daß die Bestellung der neuen Vorstandsmitglieder, nicht auch das Aufhören der Bestellung der ausscheidenden Vorstandsmitglieder urkundlich zu belegen ist (vgl. für das frühere Recht KGJ. 16 25; dagegen Ring Nr. 3 und im Grundsatz, aber ohne dessen Durchführung, LG. I Berlin 11 I 98 KGBl. 14). Der Prüfung des Registergerichts unterliegt aber auch die Tatsache des Aufhörens der Bestellung der ausscheidenden Vorstandsmitglieder (§ 12 Anm. VI a 3 δ). — Die Beifügung hat nur bei Anmeldung zum Handelsregister des Sitzes der AG. zu erfolgen; den Anmeldungen zu den Registern der Zweigniederlassungen (§ 201 Anm. II) brauchen die Urkunden nicht nochmals beigefügt zu werden (§ 234 Abs. 2 Satz 2), der Richter der Zweigniederlassung ist insoweit an das Ergebnis der vorher erfolgten (§ 13 Abs. 2) Prüfung des Richters der Hauptniederlassung gebunden (vgl. § 13 Anm. II c 4, § 201 Anm. IV). Öffentliche Beglaubigung vgl. für Preußen PrFGG. Art. 31, 35. Daß die Urschrift der Urkunde öffentlich beglaubigt sein müsse, ist nicht bestimmt, wird aber als beabsichtigt anzunehmen sein (Staub[8]-Pinner Anm. 3, Ring Nr. 3; dagegen Goldmann Nr. 7).

III. **Zeichnung der Unterschrift.** Die Fassung des § 234 Abs. 3 weicht ab von derjenigen des entsprechenden § 195 Abs. 4. Die Abweichung ist indessen wohl unbeabsichtigt, da beide Fälle ganz gleich liegen. Daher wird „Unterschrift" im § 234 Abs. 3 als gleichbedeutend mit „Namensunterschrift" in § 195 Abs. 4 auszulegen sein. Demgemäß wird auch im Fall des § 234 Abs. 3 nur die Zeichnung der Namensunterschrift zu verlangen sein (ebenso Pinner Anm. V). Ist aber dies richtig, so wird zu folgern sein, daß eine solche neue Zeichnung überhaupt nur bei Änderung in der Zusammensetzung des Vorstands zu verlangen ist, da bei Änderung nur der Vertretungsmacht die Namensunterschriften keine Änderung erleiden. Auch ist nur Zeichnung seitens der neu eintretenden Vorstandsmitglieder zu verlangen, da die Zeichnung der verbleibenden bereits bei Gericht aufbewahrt wird (§ 108 Anm. II). — Der Prokurist, auch wenn ihm Gesamtprokura mit Vorstandsmitgliedern erteilt ist, hat dagegen außer seinem Namen auch die Firma zu zeichnen (§ 53 Anm. II, KG. 13 IV 05 EntschFG. 6 47 KGJ. 30 A 119).

§ 235.

Beschränkung der Vertretungsbefugnis oder -macht.

Der Vorstand ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschlüsse der Generalversammlung für den Umfang seiner Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.

Dritten gegenüber ist eine Beschränkung der Vertretungsbefugniß des Vorstandes unwirksam. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll oder daß für einzelne Geschäfte die Zustimmung der Generalversammlung, des Aufsichtsraths oder eines anderen Organs der Gesellschaft erfordert wird.

ADH. Art. 231. **Entw. I** § 216. **Entw. II** § 231.

I. Vertretungsbefugnis des Vorstands.
II. Umfang der Vertretungsbefugnis.
III. Umfang der Vertretungsmacht.

I. **Vertretungsbefugnis des Vorstands.**

a. **„Vertretungsbefugnis."** „Beschränkung der Vertretungsbefugnis" in § 235 ist gleichbedeutend mit „Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht" in § 126 Abs. 2. Genauer wäre

es, das im inneren Verhältnis bestehende Recht zur Vertretung und das im äußeren Verhältnis bestehende Recht zur Vertretung, da dies verschiedene Begriffe sind, mit verschiedenen Worten zu bezeichnen, etwa ersteres als Vertretungsbefugnis (als Teil der Geschäftsführungsbefugnis, § 125 Anm. II a), letzteres als Vertretungsmacht. Auch beim gewöhnlichen Bevollmächtigten, der nach bestimmten Anweisungen handeln soll, ist in der Regel die „Vertretungsmacht" in diesem Sinn größer als die „Vertretungsbefugnis" in diesem Sinn. Doch sind im HGB. beide Worte unterschiedslos gebraucht. In § 235 Abs. 2 soll (da anderenfalls die Bestimmung selbstverständlich wäre) „Vertretungsbefugnis" das nach außen bestehende Recht zur Vertretung bezeichnen. Umgekehrt soll in § 126 Abs. 2 (da anderenfalls das „Dritten gegenüber" überflüssig wäre) „Vertretungsmacht" zugleich das nach innen bestehende Recht zur Vertretung umfassen. Vgl. ferner z. B. in § 49 Abs. 2 „ermächtigt" und „Befugnis", in § 125 Abs. 2 „ermächtigt" und „befugt", in § 232 Abs. 2 „zur Vertretung befugt" und „Befugnis zu vertreten" verglichen mit dem entsprechenden § 125 Abs. 3 „zur Vertretung ermächtigt", in § 234 Abs. 1 „Vertretungsbefugnis" verglichen mit dem entsprechenden § 125 Abs. 4 „Vertretungsmacht"; in § 318 verweist das „zur Vertretung befugt" ausschließlich auf das Verhältnis nach innen, umgekehrt in § 366 „Befugnis" ausschließlich auf das Verhältnis nach außen.

b. **Vorstand.** Der § 235 behandelt nach seinem Wortlaut nur die Beschränkung des Vorstands als Behörde, nicht seiner einzelnen Mitglieder (vgl. ROH. **9** 49). Dennoch findet Abs. 1 jedenfalls auch auf eine Beschränkung der einzelnen Vorstandsmitglieder entsprechende Anwendung (vgl. entsprechend § 239 Anm. I, § 240 Anm. III b 1) — allerdings nur vorbehaltlich etwaiger Rücktritts- oder Schadensersatzansprüche aus dem zu grund liegenden Vertragsverhältnis — und das Gebot richtet sich sogar in erster Reihe an die einzelnen Mitglieder, denn nicht die Behörde, sondern die einzelnen Mitglieder haften bei Übertretung des Verbots (§ 241). Aber auch Abs. 2 ist auf Beschränkungen einzelner Vorstandsmitglieder entsprechend anzuwenden, denn anderenfalls könnte durch Beschränkung aller einzelnen Vorstandsmitglieder dieselbe Wirkung erreicht werden, die das Gesetz als eine Folge der Beschränkung „des Vorstands" ausschließen will. Hierbei ist indessen zu beachten, daß § 235 überhaupt nur den Umfang einer an sich gesetzlich vorhandenen Vertretungsmacht behandelt (unten Anm. III a). Unter § 235 fällt daher nicht die gesetzliche Beschränkung des § 232, wonach die Vertretungsmacht in der Regel nur Gesamtvertretungsmacht ist (ROH. **3** 184). Ebensowenig (a. M. Pinner Anm. III 2 a) eine Beschränkung, daß die betreffende Person nur auf Zeit Vorstandsmitglied sein soll (§ 242 Anm. II), denn mit dem Aufhören der Eigenschaft als Vorstandsmitglied erlischt die Vertretungsmacht überhaupt, vorbehaltlich etwaiger Rechte Dritter aus § 15.

II. **Umfang der Vertretungsbefugnis** (im Verhältnis zur Gesellschaft). Eine satzungsmäßige Beschränkung liegt auch in der satzungsmäßigen Begrenzung des Gegenstands des Unternehmens. Die Beschränkungen durch Satzung oder Generalversammlungsbeschluß sind nicht die einzigen, welche der Vorstand zu beachten verpflichtet ist. Insbesondere hat der Vorstand die Generalversammlung zu berufen, wenn in nicht dringenden Fällen das Interesse der Gesellschaft es erfordert, vor Ausübung einer Vertretungshandlung einen Generalversammlungsbeschluß herbeizuführen (RG. **35** 87; vgl. § 253 Anm. II e). Auch hat der Vorstand vertragsmäßige Beschränkungen einzuhalten (KB. 72). Über den Fall eines Widerstreits zwischen dem Inhalt des Anstellungsvertrags und einem beschränkenden Generalversammlungsbeschluß vgl. § 231 Anm. III. Eine Beschränkung bei Bestellung von Prokuristen enthält § 238. Eine durch § 235 Abs. 1 verbotene Überschreitung ist auch enthalten in einem satzungswidrigen Erlaß in Fällen, in denen der Erlaß nicht gemäß § 221 nichtig ist, z. B. in einer nach der betreffenden Satzung unzulässigen Befreiung eines Aktionärs von wiederkehrenden Leistungen (RG. **17** 3). Die Vorstandsmitglieder können verpflichtet werden, den Weisungen des Aufsichtsrats zu gehorchen (ROH. **19** 60, **21** 376, OLG. Hamburg 14 IV 87 ZHR. **35** 247, RG. 25 V 97 HoldheimsMSchr. **98** 86); durch eine derartige Weisung werden sie indessen nicht gegen einen Anspruch der Gesellschaftsgläubiger gemäß § 241 Abs. 3, 4 gedeckt (§ 241 Anm. III b 3); ebensowenig gegen Bestrafung im Fall strafbarer Handlungen (RGSt. **7** 282). Auch

ist nicht zulässig, dem Aufsichtsrat die Vertretung der Gesellschaft ganz allgemein zu übertragen, wenn auch unter äußerlicher Beibehaltung eines Vorstands (RG. 25 V 97 HoldheimsMSchr. 98 86). Gesetzwidrige oder satzungswidrige Beschlüsse der Generalversammlung zu befolgen, ist der Vorstand auch im Verhältnis zur Gesellschaft nicht verpflichtet (§ 241 Anm. IIb). Nur der Gesellschaft gegenüber (vgl. § 204 Anm. III) besteht die Verpflichtung zur Einhaltung der durch Satzung oder Generalversammlungsbeschluß festgesetzten Beschränkungen (vgl. jedoch auch unten Anm. III c 2). Bei Verstoß gegen diese Verpflichtung sind für die Frage, ob Schadensersatzpflicht eintritt, die Bestimmungen des § 241 maßgebend. Absichtlich zum Nachteil der AG. erfolgendes Handeln ist strafbar gemäß § 312.

III. **Umfang der Vertretungsmacht** (im Verhältnis zu Dritten).

a. **Gesetzlicher Umfang.** Der Umfang der Vertretungsmacht des Vorstands der AG. ist ein sehr weiter. Der Vorstand vertritt die AG. „gerichtlich und außergerichtlich" (§ 231 Abs. 1; vgl. § 126 Anm. Ib). Ein Antrag, die Vertretungsmacht auf den satzungsgemäßen Gegenstand des Unternehmens oder doch auf den Abschluß von Handelsgeschäften zu beschränken, wurde abgelehnt (P. 1061). Die Vertretungsmacht besteht daher auch für Handlungen außerhalb des Gegenstands des Unternehmens (ebenso Goldmann Nr. 8; dagegen Pinner Anm. III 1a). Eine Begrenzung ergibt sich indessen aus denjenigen gesetzlichen Vorschriften, durch welche bestimmte Vertretungshandlungen anderen Gesellschaftsbehörden zugewiesen werden (z. B. in § 247 Abs. 1, § 268 Abs. 2, § 272 Abs. 1) oder doch die Wirksamkeit des (vom Vorstand zu erklärenden, § 250 Anm. IVc) Vertragsabschlusses an die Zustimmung einer anderen Gesellschaftsbehörde geknüpft ist (z. B. in § 207 Abs. 1, vgl. §§ 205, 270, 303), ferner (RG. 51 426) aus dem Verbot bestimmter Rechtsgeschäfte (z. B. Erlaß von Einlagen §§ 221, 289 Abs. 4; Rechtsgeschäfte mit sich selbst BGB. § 181, vgl. HGB. § 126 Anm. I e 1; vorbehaltlose Zusicherung von Bezugsrechten HGB. § 283). — Die Vertretungsmacht des Vorstands reicht nicht weiter als die Fähigkeit der AG. zur Vornahme von Rechtshandlungen; dies kommt in Betracht z. B., wenn das betreffende Rechtsgeschäft nach öffentlichem Recht nur mit Genehmigung einer Staatsbehörde gültig vorgenommen werden darf (Staub-Pinner Anm. 11, Ring Nr. 6).

b. **Beschränkung.**

1. Nur eine durch besondere Willenserklärung erfolgte (im Gegensatz zu einer gesetzlichen) Beschränkung ist hierunter verstanden. Eine solche Willenserklärung kann insbesondere durch Satzungsbestimmung, Anstellungsvertrag oder Generalversammlungsbeschluß erfolgt sein. Der § 235 Abs. 2 nennt einzelne Beispiele solcher Beschränkungen. Der erste Teil dieser Beispiele enthält eine Wiederholung der Beispiele des § 126 Abs. 2. Hinzugefügt ist die Erwähnung der Beschränkung durch Bindung an die Zustimmung einer anderen Gesellschaftsbehörde. So ist z. B. wirkungslos gegenüber Dritten die Beschränkung, daß bei Rechtsgeschäften über mehr als 1500 Mk. die Mitzeichnung eines Aufsichtsratsmitglieds erforderlich sei (KGJ. 3 14), oder daß alle die Gesellschaft verpflichtenden Urkunden von einem Mitglied des Aufsichtsrats mit vollzogen werden müssen (ROH. 6 133), oder daß (insoweit dies nicht schon aus gesetzlichen Formvorschriften folgt) nur schriftliche Erklärungen des Vorstands bindend für die AG. seien (ROH. 12 35). Erheblich dagegen ist auch gegenüber Dritten eine etwa vorhandene gesetzliche Beschränkung des Vorstands, insbesondere der Mangel der gesetzlich notwendigen Zustimmung einer Gesellschaftsbehörde in denjenigen Fällen, in denen das Gesetz bereits die Vertretungsmacht des Vorstands entsprechend beschränkt (oben Anm. IIIa). Eine Ausnahme hiervon bildet § 238 Satz 2, welcher bestimmt, daß auch die gesetzliche Beschränkung des Vorstands, wonach er nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats einen Prokuristen bestellen darf, Dritten gegenüber ohne Wirkung ist.

2. Insbesondere Beschränkung auf Zweigniederlassung. In § 235 nicht wiederholt ist der Vorbehalt der §§ 50 Abs. 3 und 126 Abs. 3, wonach bei Prokuristen und Gesellschaftern der offenen Handelsgesellschaft eine Beschränkung der Vertretungsmacht auf den Betrieb einer von mehreren unter verschiedenen Firmen betriebenen Niederlassungen zulässig ist. Hiernach ist bei dem Vorstand einer Aktiengesellschaft auch eine derartige

Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands ohne Wirkung gegenüber Dritten (ebenso KG. 18 IV 00 KGJ. 20 A 73, OLG. Hamburg 8 VI 00 EntschFG. 1 68 KGJ. 20 D 26 OLGRspr. 1 188; dahingestellt KGJ. 12 34). Nimmt man überhaupt an, daß eine AG. mehrere Firmen haben kann (§ 17 Anm. IIIc; vgl. auch § 50 Abs. 3 Satz 2), so ist indessen wegen der Zulässigkeit einer derartigen Beschränkung der Prokura die Einräumung einer so beschränkten Gesamtvertretungsmacht an Vorstandsmitglied und Prokuristen (§ 232 Anm. III) für zulässig zu erachten (dagegen Ring Nr. 5). Den selbständigen Leitern einer Zweigniederlassung, welche nicht Vorstandsmitglieder sind, kann nicht (was ROH. 22 283 annimmt) die volle Vertretungsmacht, wie sie allein dem Vorstand zukommt, beigelegt werden; derartige Leiter sind vielmehr nur Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte mit der für solche maßgebenden Vertretungsmacht (vgl. KGJ. 12 34).

3. Eine etwa zu Unrecht erfolgte Eintragung der Beschränkung in das Handelsregister ändert nichts an deren Unwirksamkeit (§ 15 Anm. IIId 3β; vgl. KGJ. 3 14). Insbesondere über die Eintragung einer Zeitbeschränkung vgl. § 234 Anm. Id 1.

4. Vollständige Entziehung der Vertretungsmacht. Hierüber vgl. § 232 Anm. IV.

c. **Unwirksamkeit einer Beschränkung.**

1. Gegenüber Dritten. Da das Gesetz nicht unterscheidet, so wird die Unwirksamkeit etwaiger Beschränkungen nicht nur zu gunsten des Dritten anzunehmen sein (entsprechend § 186 Anm. VI; ebenso Rudorff zu § 238). Auch der Dritte kann sich auf eine etwa vorhanden gewesene Beschränkung nicht berufen, z. B. nicht mit Erfolg geltend machen, ein von ihm mit dem Vorstand abgeschlossener Vertrag sei ungültig, weil der Vorstand die ihm durch Satzung oder Generalversammlungsbeschluß gezogenen Grenzen seiner Vertretungsbefugnis überschritten habe (ebenso RG. 45 152).

2. Dritter.

α. Aktionär. Vgl. § 126 Anm. IIa. Die Aktionäre, soweit sie auf Grund ihrer Mitgliedschaft (insbesondere wegen rückständiger Einlagen) in Anspruch genommen werden sollen, sind nicht „Dritte" im Sinn des § 235 Abs. 2 (RG. 24 59 gegen ROH. 7 417, 9 70, RG. 9 XII 99 JW. 00 134[13]); denn da die Übernahmeerklärung nur unter Zugrundlegung eines bestimmten Satzungsinhalts abgegeben ist, so ist eine etwa in der Satzung enthaltene Beschränkung des Vorstands als für jene Erklärung bedingend anzusehen, so daß z. B. gegenüber der Einforderung seitens des Vorstands der Aktionär geltend machen kann, daß die durch Satzung vorgeschriebene vorhergehende Anordnung der Einforderung durch den Aufsichtsrat fehle (RG. 24 59). Dagegen ist Dritter der Aktionär, wenn er nicht als Mitglied, sondern als Vertragsgegner der AG. in Betracht kommt. Dritter ist auch, wer gegenüber der AG. eine Beitrittserklärung (§ 182 Anm. IIb 2, § 189 Anm. IIa 1) abgibt (RG. 60 413).

β. Gesellschaftsbeamter. Dritte sind die Vorstandsmitglieder und sonstigen Beamten der AG., wenn sie nicht als Vertreter, sondern als Vertragsgegner der AG. auftreten (ROH. 6 140, 14 91, RG. 7 120; dagegen ROH. 19 336). Vgl. § 247 Anm. Ic.

γ. Öffentliche Behörde. Nicht zweifellos ist, ob auch in den öffentlichrechtlichen Beziehungen die öffentliche Behörde (z. B. das Registergericht) als „Dritter" im Sinn des § 235 Abs. 2 (und § 238 Satz 2) zu gelten hat. Die Frage wird wohl bejaht werden müssen, da das Gesetz nicht unterscheidet (ebenso RG. 45 152 insbesondere bezüglich des Prozeß- und des Grundbuchrichters; dagegen KG. 10 IV 01 EntschFG. 2 77 bezüglich des Registerrichters; vgl. auch § 5 Anm. IIb 2).

3. Kenntnis des Dritten von der Beschränkung macht an sich die Beschränkung nicht wirksam; auch dann nicht, wenn die Satzung (RG. 22 75) oder der Anstellungsvertrag (KB. 72) oder die Dienstanweisung (KB. 72) eine solche Beschränkung enthält. Anders bei Mitwirken des Dritten bei einer strafbaren oder gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung zum Nachteil der AG. oder bei einer bewußt und dem Dritten als bewußt erkennbar gegen das Interesse der AG. gerichteten Handlung (§ 126 Anm. If).

§ 236.

Verbot von Sondergeschäften.

Die Mitglieder des Vorstandes dürfen ohne Einwilligung der Gesellschaft weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen, auch nicht an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter Theil nehmen. Die Einwilligung wird durch dasjenige Organ der Gesellschaft ertheilt, welchem die Bestellung des Vorstandes obliegt.

Verletzt ein Vorstandsmitglied die ihm nach Abs. 1 obliegende Verpflichtung, so kann die Gesellschaft Schadensersatz fordern; sie kann statt dessen von dem Mitgliede verlangen, daß es die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem die übrigen Vorstandsmitglieder und der Aufsichtsrath von dem Abschlusse des Geschäfts oder von der Theilnahme des Vorstandsmitgliedes an der anderen Gesellschaft Kenntniß erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.

ADH. Art. 232. **Entw. I** § 217. **Entw. II** § 232.

I. **Verbot.** Vgl. § 60 Anm. I, § 112 Anm. I.

a. **Gesetzgeberischer Grund** ist, daß die Vorstandsmitglieder im Zweifel verpflichtet sind, ihre volle Tätigkeit ungeschmälert der Gesellschaft zu widmen (D. 140), zugleich aber auch die Verhütung des Wettbewerbs (§ 112 Anm. Ia). Letzteres allein soweit das Verbot des Geschäftmachens in Frage steht, da nur so die Beschränkung des Verbots auf den Handelszweig der Gesellschaft zu erklären ist. — Das Verbot kann durch Satzungsbestimmung ausgeschlossen oder beschränkt werden (OLG. Rostock 22 IX 99 OLGRspr. 1 487).

b. **Inhalt.** Der Inhalt des Verbots entspricht im wesentlichen dem entsprechenden für Handlungsgehilfen erlassenen Verbot, es ist weiter reichend als das entsprechende für persönlich haftende Gesellschafter erlassene Verbot (D. 140). Das Verbot findet nicht Anwendung auf Mitglieder des Aufsichtsrats, welche behinderte Mitglieder des Vorstands vertreten (§ 248 Abs. 1 Satz 3).

1. Handelsgewerbe betreiben. Ebenso § 60, wo aber hierin die Teilnahme an einer Handelsgesellschaft mitbegriffen ist (§ 1 Anm. IVd 3), während § 236 beides unterscheidet. Handelsgewerbe vgl. § 1 Anm. III. Unter „betreiben" ist hier auch ein Betreiben in fremdem Namen verstanden (§ 60 Anm. Ia 1); daher ist verboten z. B. die Übernahme des Amts als Vorstandsmitglied einer anderen AG. auch, wenn diese nicht denselben Handelszweig betreibt (Ring Nr. 3, wohl auch Staub[8]-Pinner Anm. 4; dagegen Goldmann Nr. 5).

2. Geschäftmachen in dem Handelszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung. Ebenso § 60 und § 112. Vgl. § 60 Anm. Ia 2, § 112 Anm. Ic 1. Zulässig ist hiernach auch nicht die Annahme der Stellung als Vorstandsmitglied einer anderen Gesellschaft desselben Handelszweigs (ob eines anderen Handelszweigs, vgl. oben zu 1). Zulässig dagegen die Stellung als Aufsichtsratsmitglied einer solchen Gesellschaft, da der Aufsichtsrat im wesentlichen nur die Stellung einer aufsichtführenden, nicht die einer selbständig Geschäfte abschließenden Behörde hat (Staub[8]-Pinner Anm. 4). Handelszweige der Gesellschaft sind diejenigen, in denen sie tatsächlich Geschäfte betreibt (§ 60 Anm. Ia 2), nicht der in der Satzung angegebene — möglicherweise umfassendere.

möglicherweise engere — „Gegenstand des Unternehmers" (ebenso Ring Nr. 4; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 3 falls der tatsächlich betriebene Handelszweig enger als der satzungsmäßig zulässige); die Beschränkung des Verbots auf den Handelszweig zeigt, daß in Ansehung des Geschäftmachens nur der Wettbewerb verhütet werden soll (oben Anm. I a); die Gefahr eines Wettbewerbs ist aber nur vorhanden, soweit die Gesellschaft tatsächlich dergleichen Geschäfte betreibt. Bei einer AG., die Bankgeschäfte betreibt, fallen eigene Spekulationsgeschäfte der Vorstandsmitglieder (in von Banken gehandelten Werten) unter das Verbot (KB. 73). — Nicht verboten ist der Abschluß von Geschäften seitens einzelner Mitglieder des Vorstands mit der Gesellschaft (M. 229; vgl. § 247 Abs. 1, § 126 Anm. I e).

3. Teilnahme an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter. Dies ist nicht erwähnt in § 60, aber dort unter dem allgemeinen Verbot des Betreibens eines Handelsgewerbes mitbegriffen, sogar ohne Beschränkung auf das Betreiben als persönlich haftender Gesellschafter. In § 112 ist das entsprechende Verbot beschränkt auf das Teilnehmen als persönlich haftender Gesellschafter an einer gleichartigen Handelsgesellschaft (§ 112 Anm. I c 2). Unter der Bezeichnung „persönlich haftender Gesellschafter" sind nach dem Sprachgebrauch des HGB. Kommanditisten nicht einbegriffen (§ 112 Anm. I c 2; vgl. § 161 Anm. I c 1).

c. **Dauer.** Vgl. § 60 Anm. I b, § 112 Anm. I d. — Über die Grenzen der Zulässigkeit vertraglicher Beschränkung des Wettbewerbs für die Zeit nach Aufhören der Eigenschaft als Vorstandsmitglied vgl. § 74 Anm. I b, VI.

d. **Übergangsbestimmung.** Für diejenigen Personen, welche bei Inkrafttreten des HGB. Vorstandsmitglieder einer AG. sind, enthält EGHGB. Art. 27 eine Milderung des Verbots.

II. **Einwilligung.** Vgl. § 60 Anm. II, § 112 Anm. II a. Dadurch, daß nur die „Einwilligung" (= vorherige Zustimmung, BGB. § 183) genannt ist, soll nicht die Wirksamkeit einer Genehmigung (= nachträgliche Zustimmung, BGB. § 184) ausgeschlossen werden (ebenso Pinner Anm. II 3a). Eine solche wird in der Regel in andauernder Duldung trotz Kenntnis liegen (dagegen Pinner Anm. II 3b). Eine unwiderlegbare Vermutung allerdings, wie sie in § 60 Abs. 2 und § 112 Abs. 2 enthalten, ist in den § 236 nicht aufgenommen. Die Genehmigung — wenn sie überhaupt zulässig — muß durch dieselbe Behörde erteilt sein, welche nach § 236 einzuwilligen hat (dagegen Pinner Anm. II 3a). Daß das „Erteilen der Einwilligung" in bestimmter Form, insbesondere durch förmlichen Beschluß, geschehen müsse, ist aus § 236 Abs. 1 Satz 2 wohl nicht abzuleiten (a. M. bezüglich der Generalversammlung Staub[8]-Pinner Anm. 7), auch wohl nicht, daß ausdrückliche Erklärung notwendig sei (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 6, Goldmann Nr. 8; dagegen Ring Nr. 5). Vielmehr ist z. B. Kenntnis und dauernde Duldung seitens aller Mitglieder (oder der Mehrzahl? vgl. Anm. IV) der betreffenden Behörde als genügend anzusehen. Eine genügende, nicht ausdrückliche Genehmigung durch Generalversammlungsbeschluß kann liegen in einem Beschluß über einen anderen Gegenstand (z. B. Urlaubserteilung, besonders niedrige Gehaltsbemessung), der jene Einwilligung voraussetzt. Andererseits kann nicht aus Abs. 3 (was Esser Anm. 4, 5 annimmt) etwas darüber gefolgert werden, ob auch stillschweigende Genehmigung zulässig sei; denn Abs. 3 handelt nur von den in Abs. 2 aufgeführten Ansprüchen, während doch noch andere Ansprüche aus der Nichtgenehmigung folgen können, und er nennt als kenntnisnehmend andere Personen als die bei Erteilung der Genehmigung in Betracht kommenden. — Ist ein Dritter berechtigt, den Vorstand zu bestellen (§ 231 Anm. II a), so wird anzunehmen sein, daß der Gesellschaft ebenso wie das Recht des Widerrufs (§ 231 Anm. V b), so auch das Recht der Einwilligung zum Sonderbetrieb vorbehalten bleibt; und zwar wird dann die Generalversammlung zuständig für die Erteilung sein (BGB. § 32). — Einseitige Rücknahme der erteilten Einwilligung ist nicht als wirksam zu erachten (Goldmann Nr. 9; dagegen Ring Nr. 5).

III. **Folgen der Übertretung des Verbots.** Vgl. § 61 Anm. I, II, § 113 Anm. I. Die Wahl zwischen dem Verlangen auf Schadensersatz und der Ausübung des Eintrittsrechts sowie die fernere Verfolgung des gewählten Anspruchs kann, wenn der Vorstand ohne das in Anspruch zu nehmende Vorstandsmitglied noch vertretungsberechtigt ist, durch den Vorstand er-

folgen. Daneben kann die Wahl jedenfalls auch durch den Aufsichtsrat ausgeübt werden (denn auch die einseitige Willenserklärung ist ein „Rechtsgeschäft", BGB. Buch I Abschnitt 3 Überschrift), die Verfolgung im Rechtsweg zwar gleichfalls durch den Aufsichtsrat, aber nur in Ausführung eines Beschlusses der Generalversammlung (§ 247 Abs. 1). — Die in § 236 Abs. 2 genannten Folgen sind nicht notwendig die einzigen (§ 61 Anm. I); so kann die Handlung einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung des Anstellungsvertrags abgeben (Esser Anm. 6); auch kann auf Unterlassung des unzulässigen Tuns geklagt werden (§ 61 Anm. I, RG. 1 V 06 JW. 399[30]). In der Nichtverfolgung der Ansprüche kann eine Verletzung der Obliegenheiten von Vorstand und Aufsichtsrat (§§ 241, 249) liegen (KB. 73).

IV. **Verjährung.** Vgl. § 61 Anm. III, § 113 Anm. IV. Die Verjährung erstreckt sich nicht nur auf die in § 236 Abs. 2 erwähnten Ansprüche, sondern auch auf den Anspruch der Gesellschaft auf künftige Unterlassung (RG. 1 V 06 JW. 399[30]). — „Die", d. h. „alle" (§ 113 Anm. IV) übrigen Vorstandsmitglieder und „der Aufsichtsrat" müssen Kenntnis haben, damit die dreimonatliche Verjährung beginnen kann. Zweifelhaft ist, was unter Kenntnis „des Aufsichtsrats" verstanden werden soll. Die M. 208 bemerken: „Jedenfalls würde es zu weit gehen, wenn gefordert würde, daß alle Aufsichtsratsmitglieder den Abschluß erfahren haben, vielmehr wird es für ausreichend zu erachten sein, daß eine zur Beschlußfassung genügende Anzahl derselben den Abschluß kannte, da solchenfalls der Aufsichtsrat in der Lage war, von dem der Gesellschaft beigelegten Rechte Gebrauch zu machen". H. Makower[11] Art. 232 Anm. 10, Rudorff zu Abs. 3, Pinner Anm. IV 3, Staub[8]-Pinner Anm. 10 und Behrend § 126 Anm. 11 verlangen amtliche Kundmachung an den Aufsichtsrat und halten private Kenntnis nicht für genügend. Esser Anm. 5 nimmt eine Mittelstellung ein. Goldmann Nr. 6 verlangt Kenntnis aller Mitglieder des Aufsichtsrats. Da indessen die Rechtsprechung allgemein dazu neigt, die Kenntnis einer Gesellschaftsbehörde selbst dann als vorhanden anzunehmen, wenn nur eines der einzel- oder gesamtvertretenden Mitglieder private Kenntnis erlangt hat (§ 125 Anm. Ie, RG. 22 II 93 JW. 429[10]), so wird das Gleiche wohl auch hier anzunehmen, mithin die Kenntnis auch nur eines Aufsichtsratsmitglieds als genügend anzusehen sein (ebenso Ring Nr. 7, Förtsch Art. 232 Anm. 2). Hat das Aufsichtsratsmitglied versäumt, dem versammelten Aufsichtsrat Mitteilung von der erlangten Kenntnis zu machen, so kann hierin eine Obliegenheitsverletzung (§ 249) liegen.

§ 237.

Gewinnanteil.

Wird den Mitgliedern des Vorstandes ein Antheil am Jahresgewinne gewährt, so ist der Antheil von dem nach Vornahme sämmtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinne zu berechnen.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** —

I. **Gewährung eines Anteils am Jahresgewinn.** Vgl. § 59 Anm. III b.

a. **Gewähren.** Das „Gewähren" (und ebenso in § 245 Abs. 1 das „Erhalten") ist die Voraussetzung für das „Berechnen". Daher ist trotz des unklaren Wortlauts unter „Gewähren" (bzw. „Erhalten") nur die Zusage des Gewinnanteils, nicht die Zahlung zu verstehen. Der § 237 schreibt nur — je nachdem, wie man ihn auslegt — entweder eine bestimmte Beschränkung für die Zusage oder eine bestimmte Auslegung einer Zusage vor, jedenfalls aber nicht eine Beschränkung für Zahlungen. Wenn z. B. die Generalversammlung beschließt, den Vorstandsmitgliedern sollen 10000 Mark außergewöhnliche Belohnung für das betreffende Geschäftsjahr gezahlt werden, so ist es unerheblich, ob hierfür der Beweggrund maßgebend war, dies seien 10% von dem ohne Berücksichtigung von Abschreibungen oder Rücklagen erzielten Jahresüberschuß von 100000 Mk. Ob eine etwa geleistete Zahlung zurückgefordert werden kann, ist nur aus den Vorschriften über Leistung einer Nichtschuld (BGB. §§ 812 ff.) ableitbar, und § 237 kann hierbei nur für die Frage in Betracht kommen, ob eine Schuld bestand. — In welcher näheren Weise das „Gewähren" (= Zusagen) geschieht, ist unerheblich. Es kann insbesondere vorkommen im Anstellungs-

vertrag, in der Satzung, in Beschlüssen der Generalversammlung oder des Aufsichtsrats (KB. 73).

b. **Jahresgewinn.** Dies Wort ist in voneinander verschiedenem Sinn gebraucht in § 121 (§ 120 Anm. Ic) und § 214 (§ 214 Anm. IVa). Wollte man annehmen, daß § 237 nur eine Auslegung des in Zusagen an den Vorstand etwa enthaltenen Wortes „Jahresgewinn" geben will, so würde die angegebene Berechnungsart garnicht auf den in § 121 vorausgesetzten Begriff, vielmehr eher — wenn auch nicht genau (und in § 245 Abs. 1 garnicht) — auf den in § 214 vorausgesetzten Begriff passen. Gibt man dagegen der Ansicht den Vorzug, wonach § 237 keine Auslegungsvorschrift, vielmehr eine Beschränkung für Zusagen enthält, so steht hier „Anteil am Jahresgewinn" nur in dem losen Sinn von „Gewinnanteil überhaupt" (zust. Rehm § 160 II, Staub[8]-Pinner Anm. 5; abw. Müller Gewinnanteile d. Mitgl. d. Vorst. u. d. Aufsichtsr. v. AG. S. 10). Der § 237 ist daher z. B. auch dann anwendbar (für die Feststellung dessen, was als „Gewinn" zu gelten hat), wenn den Vorstandsmitgliedern ein Anteil in Höhe des vorjährigen Gewinns oder ein Anteil vom Durchschnitt des Gewinns der drei letzten Jahre gewährt wird (dagegen StenB. 93). Dagegen ist unbeschränkt zulässig z. B. die Zusage eines Anteils vom Jahresumsatz (Pinner Anm. I, Esser in HoldheimsMSchr. 02 195 Staub[8]-Pinner Anm. 8), vom Betrag der ausgesandten Rechnungen, der hergestellten Fabrikate, der ersparten Kosten für Material und Löhne (Esser a. a. O.) oder vom Ertrag einer einzelnen Betriebsstätte oder eines einzelnen Betriebszweigs (Esser a. a. O., Staub[8]-Pinner Anm. 8) oder die Zusage eines festen Mindestbetrags des versprochenen Gewinnanteils (Pinner Anm. 1, Staub[8]-Pinner Anm. 8, Goldmann Nr. 2; dagegen Rehm DJZ. 01 492, 02 46; zweifelnd Rießer Neuerungen 27 Anm. 1). Überdies steht nicht § 237 dem entgegen, daß die Generalversammlung, auch ohne daß überhaupt eine Zusage gegeben war, nachträglich bestimmte Summen als Vergütung bewilligt (§ 243 Anm. IIf).

II. **Berechnung des Gewinnanteils.**

a. **Enthält § 237 zwingendes Recht?** Der § 237 (und der entsprechende § 245 Abs. 1) ist erst durch den Reichstag eingefügt (KB. 73, 76, StenB. 94, 115, 116). Die Bestimmung ist, wenn zwingend, für sachlich schädlich zu erachten, weil sie geeignet ist, Rücklagen zu verhindern. Die Fassung ist in mehrfacher Hinsicht unklar.

1. Zwingende Beschränkung des Zusagens. Liest man den § 237 für sich allein, so wird man zunächst zu der Ansicht verleitet, daß er eine Vorschrift enthalte, wie berechnet werden solle, wenn in einem Einzelfall ein „Anteil am Jahresgewinn" gewährt sei. Hierdurch würde aber nicht ausgeschlossen werden, daß in einem anderen Einzelfall z. B. ein „Anteil am Jahresgewinn und außerdem an den Rücklagen" zugesagt würde, und ein solcher Fall würde dann überhaupt nicht unter den § 237 fallen, denn für den Fall einer derartigen Zusage enthält § 237 nach seinem Wortlaut keine Berechnungsvorschrift. Eine derartige Auslegung des § 237 würde ihm alles sachlich Bedenkliche nehmen. Sie kann indessen nicht aufrechterhalten werden. Denn in § 245 Abs. 1 findet sich (in Anwendung auf Mitglieder des Aufsichtsrats) die entsprechende Vorschrift verkoppelt mit einer anderen, wonach bei der Berechnung des Anteils auch mindestens 4 vom Hundert des eingezahlten Grundvermögens vorweg abzuziehen sind, und bei den Beratungen ist ausdrücklich festgestellt, daß dieser (gleichfalls in die Form einer bloßen Berechnungsvorschrift eingekleidete) Abzug von 4 vom Hundert (ja sogar der ganze „Absatz 1" des § 245) eine für die Aktionäre bindende (also öffentlich-rechtliche) Vorschrift darstelle, die nicht abänderbar durch Satzungsbestimmung oder Generalversammlungsbeschluß sei (StenB. 115). Will man daher nicht im § 245 Abs. 1 von den beiden dort gemeinsam gegebenen Berechnungsvorschriften nur die eine als zwingend, die andere aber als änderbar auffassen, so kann man auch den § 237 nicht so, wie oben vorausgesetzt, auslegen. Vielmehr ist dann in § 237 die Vorschrift zu finden, daß den Vorstandsmitgliedern ein Gewinnanteil nur in der Weise gewährt werden kann, daß der Anteil so, wie § 237 vorschreibt, berechnet wird. Dann enthält aber § 237 — was aus der Fassung nicht erkennbar — eine zwingende Beschränkung des **Gewährens**

(= Zusagens, oben Anm. Ia) *von Gewinnanteilen an Vorstandsmitglieder*: das Gewähren eines Gewinnanteils an Vorstandsmitglieder soll nach öffentlichem Recht nur in der Weise zulässig sein, daß der Anteil von dem nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinn zu berechnen ist.

2. *Keine Auslegungsvorschrift.* Ist der vorstehend zu 1 angegebene der wahre Sinn, den der Gesetzgeber mit den Worten des § 237 verbinden wollte, so ergibt sich weiter, daß nun nicht *daneben* noch ein *zweiter* Sinn, nämlich nicht (was Pinner in Gruchots Beitr. 44 653 annimmt) der Sinn einer Auslegungsvorschrift mit § 237 verbunden werden kann, daß mithin *dasjenige, was aus der Fassung des § 237 zunächst zu entnehmen wäre, nicht* gilt. Nur *in der Weise* kann der § 237 für die Auslegung des Vertragswillens herangezogen werden, daß man im *Zweifel* anzunehmen haben wird, daß die Beteiligten eine dem Gesetz *entsprechende* Zusage des Gewinnanteils beabsichtigt haben (vgl. auch BGB. § 140).

3. *Folgen eines Verstoßes gegen die zwingende Vorschrift.* Wird ein Gewinnanteil gewährt (mag der Ausdruck „Anteil am Jahresgewinn" gebraucht sein oder nicht), so wird (ohne Rücksicht auf den § 237) zu ermitteln sein, was die Beteiligten hierunter verstanden haben (BGB. § 133). Ergibt sich, daß sie gewollt haben, der Anteil solle von dem nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinn berechnet werden, so ist die Gewährung gültig und die Berechnung gemäß jenem Willen der Beteiligten zu bewirken. Ergibt sich dagegen, daß sie eine *andere* Art der Berechnung (welche für die Gesellschaft *ungünstiger* ist oder doch in einzelnen Jahren ungünstiger sein *kann*) gewollt haben, so ist die hierauf bezügliche Festsetzung für nichtig zu erachten (BGB. § 134). Es wird nicht angängig sein, auf den letzteren Fall den Wortlaut des § 237 etwa in der Weise anzuwenden, daß man die betreffende Festsetzung *nicht* beachtet, sie aber auch nicht als *nichtig* ansieht, sondern an deren Stelle den § 237 treten läßt: denn unter Umständen könnte in einzelnen Jahren hieraus ein für die Gesellschaft *ungünstigeres* Ergebnis folgen als aus der Festsetzung. Lautete z. B. die Festsetzung dahin: „von dem bei Nichtberücksichtigung von Rücklagen ermittelten Gewinn ist ein fester Betrag von 20000 Mk. Entgelt für die Aufsichtsratsmitglieder abzusetzen und vom Rest 10% an die Vorstandsmitglieder zu verteilen" und betrug der Gewinn 100000 und eine Rücklage 10000, so würden gemäß der Festsetzung die Vorstandsmitglieder 8000 erhalten. Wollte man die Festsetzung nicht, dagegen ausschließlich den § 237 zu grund legen, so würden die Vorstandsmitglieder 9000 beanspruchen können. Eine Anwendung etwa in der Weise, daß man sagte, sie könnten nur 10% von 100000 — 20000 — 10000 = 7000 erhalten, ist ausgeschlossen, denn § 237 schreibt nicht vor, daß die Rücklagen auch *dann* abzuziehen seien, wenn den Vorstandsmitgliedern ein Anteil an einem Kapital gewährt wird, welches *geringer* ist als der Jahresgewinn abzüglich Rücklagen. Man kann auch nicht etwa für jedes *einzelne* Jahr diejenige der ersteren beiden Berechnungen wählen, welche günstiger für die Gesellschaft ist, denn dann käme die Wirkung des § 237 auf eine Beschränkung für *Zahlungen* heraus; eine solche war aber nicht beabsichtigt (oben Anm. Ia).

4. *Nicht rückwirkend.* Wenngleich die Vorschrift des § 237 zwingend ist, so hat sie doch keine rückwirkende Kraft auf diejenigen Verträge mit Vorstandsmitgliedern, die nach EGBGB. Art. 170, 171 nicht dem neuen Recht unterliegen (RG. 22 III 02 JW. 256[27]).

b. **Nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibender Reingewinn.**

1. *Welche Berechnungsart ist gemeint?* Sowohl wegen des ungenauen Gebrauchs des Wortes „Reingewinn" (unten zu 2), wie auch wegen der zu den Bestimmungen des § 261 nicht passenden allgemeinen Gleichstellung von Abschreibungen und Rücklagen ist im einzelnen nicht ganz zweifellos, welche Art der Berechnung dem Gesetzgeber vorschwebte. Vermutlich ist folgende Berechnungsart gemeint: Auszugehen ist von dem „Gewinn" im Sinn des § 261 Nr. 6 (bei diesem sind bereits berücksichtigt alle *Abschreibungen* und die diesen gleichstehende Zuschreibung zum Erneuerungsfonds oder anderen Bewertungskonten, mitunter auch eine stille Rücklage in Form einer das gesetzliche Mindestmaß *übersteigenden* Abschreibnng oder einer zu niedrigen Bewertung); von dem „Gewinn" ist

abzuziehen der vorjährige Gewinnvortrag (unten zu 3 δ); hierdurch ergibt sich der „jährliche Reingewinn" im Sinn des § 262 Nr. 1 (§ 262 Anm. IIa 1); hiervon sind alle Rücklagen (vgl. § 271 Abs. 3 Satz 2) abzuziehen, und zwar gesetzliche, satzungsgemäße und (unten zu 3 β) freiwillige. Nicht nur die in der Bilanz, sondern auch die nach Bilanzgenehmigung aus dem dort festgestellten Reingewinn vorgenommenen (dagegen Müller Gewinnanteile 16, Mankiewitz Aufsichtsrat 24).

2. „Reingewinn". Wie im Vordersatz „Jahresgewinn" (oben Anm. Ib), ist im Nachsatz „Reingewinn" nur in losem Sinn gebraucht. Es bedeutet hier (und in § 245 Abs. 1) nur „Rest des Reingewinns". Nicht etwa enthält (was Staub⁸-Pinner Anm. 16 annimmt) § 237 die Vorschrift, daß die Gewinnanteile der Vorstandsmitglieder unter allen Umständen von dem verteilten Teil des Reingewinns zu berechnen seien (unten zu 3 δ). Für den Ausgangspunkt der Berechnung, den in der Bilanz ausgeworfenen Gewinn, muß die Gesellschaft die tatsächlich festgestellte Bilanz, solange sie nicht auf verfassungsmäßigem Weg allgemein wieder beseitigt ist, auch gegen sich gelten lassen, selbst wenn sie unrichtig aufgestellt sein sollte (RG. **11** 163; einschränkend RG. 9 VI 04 JW. 419[37]). — Im Zweifel ist der Anstellungsvertrag dahin auszulegen, daß Überschüsse, die nicht im regelmäßigen Betrieb, sondern durch außergewöhnliche Maßregeln, z. B. die Veräußerung aller Betriebsgegenstände der Gesellschaft, Ausschüttung aller Rücklagen, Herabsetzung des Grundkapitals, erzielt sind, nicht zu dem „Reingewinn" gehören, von welchem den Gesellschaftsbeamten ein Anteil zu gewähren ist (RG. 9 VI 04 JW. 419[37]).

3. Rücklagen und Abschreibungen.

α. Allgemeines. Unter „Rücklagen" sind hier sowohl die Beiträge zu Reservefonds (§ 261 Anm. XIb) oder zu stillen Rücklagen (unten zu γ) wie auch die Zuschreibungen zu Bewertungskonten (§ 261 Anm. XIc) zu verstehen. Zu den vorweg abzuziehenden Rücklagen gehört ein Beitrag zum Zwangsreservefonds (§ 262 Nr. 1) und zu einem freiwilligen Dividendenergänzungsfonds (KB. 73, § 215 Anm. IIId) oder einem anderen freiwilligen Reservefonds (§ 262 Anm. III); zu den vorweg abzuziehenden Abschreibungen auch jeder (in Wahrheit keine Rücklage enthaltende) Beitrag zu einem Bewertungskonto (§ 261 Anm. XIc), wenn er — statt wie hätte geschehen sollen, vor Feststellung eines Gewinns — tatsächlich erst von dem festgestellten Gewinn abgeschrieben wird.

β. Freiwillige? Streitig ist zunächst, ob auch freiwillige Rücklagen abzugspflichtig sind (bejahend Esser Anm. 3, Pinner Anm. II 2 und in GruchotsBeitr. **44** 653, Staub⁸-Pinner Anm. 15, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 5, Keyßner ZHR. **48** 518; abweichend Pemsel in HoldheimsMSchr. **98** 248, der nur die behufs Feststellung des „Gewinns" im Sinn des § 261 Nr. 6 gemachten, wenngleich möglicherweise freiwilligen, Rücklagen und stille Reserven für abzugspflichtig hält, Rehm § 145 II, § 160, der stille Rücklagen nicht für abzugspflichtig, dagegen freiwillige Abschreibungen für abzugspflichtig erachtet; vgl. auch Simon § 41). Entscheidend für die Bejahung ist die Erwähnung eines freiwilligen Dividendenergänzungsfonds als einer derartigen „Rücklage" in KB. 73.

γ. Stille Rücklagen. Streitig ist ferner, ob auch stille Rücklagen abzugspflichtig sind (verneinend Rehm § 145 II, § 160; bejahend RG. 22 III 02 JW. 255[22], Pemsel a. a. O.). Dies ist zu bejahen, weil die stille Rücklage der freiwilligen Abschreibung gleichsteht, die freiwillige Abschreibung aber (was auch Rehm a. a. O. anerkennt) abzugspflichtig ist (oben zu β).

δ. Gewinn- und Verlustvortrag. Wie ein etwa für das nächste Jahr erfolgender Gewinnvortrag zu behandeln, ist zweifelhaft. Dieser Gewinnvortrag enthält eine freiwillige Rücklage (§ 261 Anm. XIIa), er kann sogar nachträglich — allerdings nur durch besonderen Generalversammlungsbeschluß (§ 262 Anm. IIIb) in eine dauernde Rücklage umgewandelt werden, er ähnelt auch einem Dividendenergänzungsfonds, der (oben zu β) abzugspflichtig ist. Die Ähnlichkeit der rechtlichen Gestaltung würde daher dafür sprechen, daß er den sonstigen freiwilligen Rücklagen auch bei Anwendung des § 237 gleichzustellen, daß er mithin abzuziehen, und daß erst vom Rest der Gewinn-

anteil der Vorstandsmitglieder zu berechnen ist (so Staub[8]-Pinner Anm. 15, Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 5, Esser Anm. 2). Indessen ist der wirtschaftliche Zweck des Gewinnvortrags ein anderer als der einer dauernden Rücklage; er soll nur dazu dienen, eine Verteilung an die Aktionäre in runden Beträgen zu ermöglichen. Auch würde, wenn man jener Ansicht folgt, die Schwierigkeit entstehen, daß, da die Höhe des Gewinnvortrags (y) und die Höhe des Gewinnanteils der Vorstandsmitglieder (x) sich gegenseitig bedingen würden, beide nur durch Lösung von Gleichungen mit zwei Unbekannten sich berechnen ließen. Denn, wenn a Bilanzgewinn, b Gewinnanteil der Aktionäre, c die dem Vorstand zugesagte Prozentzahl geteilt durch 100, so würde sich ergeben: $x = a - b - y$ und $x = c(a - y)$, woraus abzuleiten: $y = a - \frac{b}{1 - c}$ und $x = \frac{b}{1 - c} - b$. Endlich würde sich als notwendige Folge dieser Berechnungsart ergeben, daß der vorjährige Gewinnvortrag, der in dem Bilanzgewinn berücksichtigt ist, nicht vorweg abzuziehen ist (so Staub[8]-Pinner Anm. 11, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 5, Rehm § 160 III A 3), wodurch herbeigeführt würde, daß, obwohl Anteil am „Jahresgewinn" zugesagt ist, unter Umständen auch Anteil am vorjährigen Gewinn gewährt würde. Würde man den vorjährigen Gewinnvortrag so, wie eben erwähnt, behandeln, so müßte folgerichtig auch jede andere Rücklage aus früheren Jahren, die zur Vermehrung des Gewinns in einem künftigen Jahr frei wird, in letzterem Jahr den „Gewinn", von welchem die Vorstandsmitglieder Anteil erhalten, vermehren (so in der Tat KB. 73, Staub[8]-Pinner Anm. 12; dagegen RG. oben zu 2), was gleichfalls schwerlich der Absicht jemandes entspricht, der nur eine Beteiligung am „Jahresgewinn" zusagt. Ferner müßte bei Zugrundlegung jener Ansicht auch der Verlustvortrag des Vorjahrs als gewinnschmälernd in Rechnung gezogen werden; auch wenn im letzten Geschäftsjahr Gewinn erzielt war, würden die Vorstandsmitglieder trotz erfolgter Zusage eines Anteils am Jahresgewinn keinen Gewinnanteil erhalten, solange nicht der aus früheren Jahren stammende Bilanz-Fehlbetrag abverdient ist. — Alle diese Folgerungen erscheinen so bedenklich, daß die Grundansicht, auf der sie beruhen, verworfen und der gegenteiligen Ansicht der Vorzug gegeben werden muß. Hiernach ist bei Berechnung des Gewinns von welchem den Vorstandsmitgliedern ein zugesagter Anteil am „Jahresgewinn" zusteht, ein vorjähriger Gewinn- oder Verlustvortrag sowie eine Ausschüttung von Rücklagen früherer Jahre nicht in Rechnung zu ziehen; andererseits steht ihnen Gewinnanteil auch von demjenigen Teil des Jahresgewinns zu, der als Gewinnvortrag auf das nächste Jahr übertragen wird, außer soweit etwa unter der Bezeichnung als Gewinnvortrag eine als dauernde beabsichtigte Rücklage sich verstecken sollte. Eine als dauernde beabsichtigte Rücklage liegt aber in der Regel vor (vgl. § 213 Anm. II c 2), soweit der zurückbehaltene Betrag höher ist als der Überschuß, der bei nach unten erfolgender Abrundung der zur Verteilung kommenden Gewinnanteile auf halbe Prozente verbleibt.

ε. Einziehungs-Reservefonds. Keine Rücklage liegt in der Bildung eines sogenannten Reservefonds, welcher der erfolgten Einziehung von Anteilrechten entspricht (§ 227 Anm. I c 2). Dagegen liegt eine abzugspflichtige Rücklage in der Bildung eines Reservefonds behufs Aufsammlung des für Durchführung einer künftigen Einziehung erforderlichen Vermögens (dagegen, wenn dieser Zweck durch Satzung festgelegt, OLG. Dresden 9 I 00 Annalen OLG. Dresden 21 328 ZHR. 53 215 OLGRspr. 1 487).

ζ. Aus dem Reingewinn zu entnehmende Gewinnanteile. Nicht abzuziehen bei Berechnung des Gewinns, an welchem den Vorstandsmitgliedern ein Anteil zusteht, ist dieser erst zu berechnende Gewinnanteil der Vorstandsmitglieder; wenn letzterer x, der „nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibende Reingewinn" a ist, und der Gewinnanteil $^1/_{10}$ betragen soll, so ist nicht etwa $x = ^1/_{10}(a - x)$, sondern $x = \frac{a}{10}$ (RG. 22 III 02 JW. 255[22]). Das Gleiche gilt auch von anderen

nicht als Handlungsunkosten, sondern aus dem Reingewinn zu entnehmenden Gewinnanteilen.

§ 238.

Bestellung eines Prokuristen.

Sofern nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Generalversammlung ein Anderes bestimmt ist, darf der Vorstand einen Prokuristen nur mit Zustimmung des Aufsichtsraths bestellen. Diese Beschränkung hat Dritten gegenüber keine Wirkung.

ADH. Art. 234. **Entw. I** § 218. **Entw. II** § 233.

I. **Prokura.** Die allgemeinen Bestimmungen (§§ 48—53) kommen auch auf die Prokura bei Aktiengesellschaften zur Anwendung. Über den Fall der Gesamtprokura eines Prokuristen mit einem Vorstandsmitglied vgl. § 232 Anm. III. Über Prokuristen während Liquidation vgl. § 298 Abs. 4, § 298 Anm. Ib.

a. **Anmeldung.** Die Anmeldung der Erteilung und des Erlöschens der Prokura (§ 53) ist zu bewirken durch den Vorstand, d. h. durch Mitwirken derjenigen Vorstandsmitglieder, deren Mitwirken für die Vertretung der Gesellschaft allgemein genügt (§ 234 Anm. Ic).

b. **Vertretungsmacht.** Der Prokurist vertritt die Gesellschaft, nicht etwa den Vorstand (Staub[8]-Pinner Anm. 1); mithin haften für ein Verschulden des Prokuristen die Vorstandsmitglieder gegenüber Dritten garnicht, und gegenüber der Gesellschaft nur insoweit sie bei Bestellung oder Nichtentlassung ihre Pflicht versäumt haben (§ 241 Abs. 2). Der Prokurist ist nicht ermächtigt, diejenigen Handlungen vorzunehmen, die im Verhältnis nach innen dem Vorstand als solchem (anderenfalls: unten zu d) obliegen; er kann daher z. B. nicht die Generalversammlung berufen (Staub[8]-Pinner Anm. 6, Esser Anm. 7) oder seinerseits einen Prokuristen bestellen (§ 49 Anm. IIIb).

c. **Umfang der Vertretungsmacht.** Nach § 49 Abs. 1 ermächtigt die Prokura „zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt" (§ 49 Anm. IIb). Es ist zweifelhaft, in welcher Weise diese Bestimmung anwendbar auf die AG. ist, da eine AG. bestehen kann, ohne daß ein Handelsgewerbe oder überhaupt ein Gewerbe betrieben wird. Es liegt kein gesetzlicher Anhalt dafür vor, der allgemeinen Vollmacht des Prokuristen einer AG. einen weiteren Umfang zu geben, als § 49 Abs. 1 vorschreibt; sie ist daher auch bei der AG. für beschränkt zu erachten auf diejenigen Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbs mit sich bringt (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 5, Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 10). Ist aber im Einzelfall der Betrieb, für den der Prokurist bestellt wird, kein handelsgewerblicher oder überhaupt kein gewerblicher, so wird in der nichtsdestoweniger erfolgten Bestellung zugleich eine besondere Ermächtigung zu erblicken sein, auch diejenigen Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, die der betreffende einzelne Betrieb mit sich bringt. Daneben bleibt indessen die Sonderbestimmung des § 49 Abs. 2 bestehen, da — wie aus der Vergleichung von § 49 Abs. 1 mit Abs. 2 zu entnehmen — die in Abs. 2 erwähnte besondere Erteilung der Ermächtigung zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken nicht schon in der Bestellung zum Prokuristen eines mit Grundstücken handelnden Kaufmanns (§ 2), also auch nicht einer mit Grundstücken handelnden AG., liegt.

d. **Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Aktionären.** Der Prokurist ist — da § 49 keine hierauf bezügliche Beschränkung enthält — für berechtigt zu erachten, auch solche Vertretungshandlungen vorzunehmen, die sich gegen die Aktionäre richten (§ 49 Anm. I). Ob aber in diesem Fall etwaige Beschränkungen der Vertretungsbefugnis unwirksam gegenüber den Aktionären sind, hängt davon ab, in welchen Fällen man die Aktionäre als „Dritte" ansehen will (§ 235 Anm. IIIc 2). — Auch nach innen vertritt er nur die Gesellschaft, nicht den Vorstand bei den diesem als solchem obliegenden Handlungen (oben zu b).

II. **Bestellungen eines Prokuristen.** Vgl. § 48 Anm. I—IV.

a. **Bestellungsbefugter** (im Verhältnis zur Gesellschaft). In erster Reihe entscheidet die

Satzung und der Beschluß der Generalversammlung darüber, von welchen Beschränkungen der Vorstand bei Bestellung von Prokuristen abhängig sein soll. Auf diese Weise kann die Bestellung von Prokuristen auch überhaupt untersagt, andererseits kann aber auch bestimmt werden, daß der Vorstand ohne Zustimmung des Aufsichtsrats oder einer anderen Gesellschaftsbehörde Prokuristen bestellen dürfe. Ebenso z. B., daß der Vorstand ohne Genehmigung des Aufsichtsrats, aber nur mit Genehmigung der Generalversammlung Prokura erteilen, oder daß er diejenigen zu Prokuristen bestellen müsse, welche eine andere Gesellschaftsbehörde oder ein Dritter bestimme. Nur die letztere Gestaltung meint wohl Esser Anm. 2, wenn er für zulässig erklärt, daß durch Satzungsbestimmung die Bestellung dem Aufsichtsrat mit Ausschluß des Vorstands übertragen werden könne. Enthalten weder Satzung noch ein Generalversammlungsbeschluß eine hierauf bezügliche Bestimmung, so tritt die gesetzliche Regel des § 238 Satz 1 ein. Hiernach ist Zustimmung des Aufsichtsrats, aber selbstverständlich außerdem Einverständnis des Vorstands (§ 231 Anm. IIIb) erforderlich. — Auf die etwaige Erteilung einer besonderen Befugnis zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken (§ 49 Abs. 2) sind die für die Bestellung geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden (Esser Anm. 4).

b. **Bestellungsermächtigter** (im Verhältnis zu Dritten) ist der Vorstand, ohne Rücksicht auf etwaige im inneren Verhältnis bestehende Beschränkungen (vgl. § 235 Anm. IIIb 1, c, KB. 73). Dritter ist auch der bestellte Prokurist (vgl. § 126 Anm. Ic). Ebenso wohl auch das Registergericht (§ 235 Anm. IIIc 2γ). Hiernach braucht dem Registergericht nicht die Zustimmung des Aufsichtsrats oder die Einhaltung sonstiger für das innere Verhältnis bestehender Beschränkungen nachgewiesen zu werden (ebenso Staub⁸-Pinner Anm. 8, Pinner Anm. I 6, Ring Nr. 3; dagegen KG. 10 IV 01 EntschFG. 2 77 KGJ. 22 A 112, Goldmann Nr. 15, M. 231: „Selbstredend wird dadurch weder die Befugnis und Pflicht des Registerrichters berührt, die Berechtigung des Vorstands zur Bestellung von Prokuristen einer Prüfung zu unterziehen und im Mangel derselben die Eintragung der Prokura in das Handelsregister abzulehnen, noch die Befugnis des Aufsichtsrats oder der Generalversammlung, wenn die Eintragung der Prokura gesetz- oder statutenwidrig erfolgt ist, deren Löschung herbeizuführen").

III. **Widerruf der Prokura.** Vgl. § 52 Anm. I.

a. **Im Verhältnis nach außen,** also auch gegenüber dem Prokuristen und dem Registergericht (oben Anm. IIb), ist der Vorstand, und dieser allein zum Widerruf berechtigt; etwaige Beschränkungen seiner Vertretungsmacht bezüglich des Widerrufs sind unwirksam (§ 235 Abs. 2). Besteht Gesamtvertretungsmacht der Vorstandsmitglieder, so können nur die Gesamtvertreter gemeinsam widerrufen (vgl. § 126 Anm. Ic), zusammenwirkend in der für das Vorhandensein der Gesamtvertretungsmacht genügenden Zahl.

b. **Im inneren Verhältnis** ist, wenn der Vorstand für die Bestellung an die Zustimmung einer anderen Gesellschaftsbehörde gebunden war, die Kundgebung der letzteren, daß diese Zustimmung nicht mehr fortdauere, genügend, um den Vorstand zur Bewirkung des Widerrufs zu verpflichten (ebenso Staub⁸-Pinner Anm. 14, Ring Nr. 8; dagegen Goldmann Nr. 19). Entsprechend darf auch der Vorstand, wenn er seinerseits nicht mehr zustimmt, trotz fortdauernder Zustimmung der anderen Gesellschaftsbehörde widerrufen (ebenso Staub⁸-Pinner Anm. 14), es sei denn, daß im inneren Verhältnis der Vorstand lediglich zur Befolgung der Weisungen jener anderen Behörde verpflichtet ist. Für die Frage, welche Mitglieder des Vorstands im inneren Verhältnis befugt sind, namens des Vorstands den Widerruf zu erklären, ist deren Geschäftsführungsbefugnis (§ 231 Anm. IIIb) entscheidend. Die Sondervorschriften des § 116 Abs. 3 sind wohl nicht entsprechend anwendbar.

§ 239.

Buchführung.

Der Vorstand hat Sorge dafür zu tragen, daß die erforderlichen Bücher der Gesellschaft geführt werden.

ADH. Art. 239 Abs. 1. **Entw. I** § 219. **Entw. II** § 234.

I. **Verpflichteter.** Vgl. § 38 Anm. Ia. Im § 239 ist als Verpflichteter „der Vorstand" also die Behörde genannt. In KO. § 244 ist jedoch bestimmt, daß die entsprechenden Strafvorschriften Anwendung finden „gegen die Mitglieder des Vorstands einer AG. . . ., wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben." Aus dem Zusammenhang dieser Vorschriften wird hergeleitet (VerStS. RGSt. 13 227), daß jedem einzelnen Vorstandsmitglied nach öffentlichem Recht die Pflicht aus § 239 obliegt und demgemäß auch jedes einzelne Vorstandsmitglied für ordnungsmäßige Buchführung und Bilanzziehung strafrechtlich verantwortlich ist, gleichviel wem durch Satzung oder Beschluß der Gesellschaftsbehörden die Buchführung übertragen ist, und selbst wenn im inneren Verhältnis das betreffende Mitglied von der Verantwortlichkeit für die Buchführung befreit war.

II. **Inhalt der Verpflichtung.**

a. **Sorge** für Buchführung. Während § 38 bestimmt, es sei Pflicht des Kaufmanns, Bücher „zu führen", und dies auf die Aktiengesellschaft ohne Abschwächung Anwendung findet (§ 6 Abs. 1), legt § 239 dem Vorstand der AG. nur die Verpflichtung auf, „Sorge dafür zu tragen", daß Bücher geführt werden. Hierdurch sollte indessen die Buchführungspflicht, die ohnedies für die AG. besteht, in ihrem vollen Umfang, nicht in irgendwie abgeschwächter Gestalt, auf den Vorstand als dessen persönliche Geschäftsführungspflicht übertragen werden (VerStS. RGSt. 13 238; abschwächend Esser Anm. 1). Der Vorstand trägt mithin die Verantwortung für Dasein und Aufrechterhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Ordnung (RG. a. a. O.). Allerdings braucht der Vorstand ebensowenig wie der Einzelkaufmann persönlich die Buchungen vorzunehmen; durch Beauftragung anderer kann er sich jedoch nicht von der ihm obliegenden öffentlichrechtlichen Pflicht entlasten. Eine Abweichung ist nur zuzugestehen, insoweit im Verhalten des betreffenden Vorstandsmitglieds auch nicht einmal eine Fahrlässigkeit zu finden ist; so z. B., wenn das betreffende Vorstandsmitglied, trotz Anwendung der genügenden Sorgfalt, über das Vorhandensein einer genügenden Buchführung getäuscht wurde oder ohne eigenes Verschulden Fehler in der Buchführung nicht verhindern konnte (RGSt. 13 360).

b. **Eröffnungsbilanz** insbesondere. Unter „Führung der erforderlichen Bücher" ist in § 239 die Beobachtung der Gesamtheit der Vorschriften in §§ 38ff. zu verstehen; insbesondere auch die Fertigung einer vorschriftsmäßigen Eröffnungsbilanz (RGSt. 13 238, 29 223). Da ferner die Vorschrift nicht auf „Handelsbücher" beschränkt ist, so umfaßt sie auch andere etwa erforderliche Bücher (Esser Anm. 3), so insbesondere im Fall einer Ausgabe von Mitgliedscheinen auf Namen die Führung des Aktienbuchs (§ 222 Anm. IIc). Für die Eröffnungsbilanz der AG. ist maßgebend der Zeitpunkt der Eintragung der AG. in das Handelsregister, da erst dann die AG. als solche entsteht (§ 200 Abs. 1), mithin erst dann die Aktiengesellschaft das „Gewerbe" beginnen kann, selbst wenn hierdurch das bereits vom nicht rechtsfähigen Verein (§ 188 Anm. IIb) begonnene „Geschäft" nur fortgeführt wird (§ 39 Anm. IIa 2); die Aufnahme einer Eröffnungsbilanz bei diesem „Beginn des Geschäfts" entbindet daher nicht von der Notwendigkeit einer nochmaligen Aufnahme der Eröffnungsbilanz bei Eintragung der AG. (RGSt. 29 223). Anders auch nicht, wenn bei Übernahme eines bestehenden Geschäfts durch die AG. vereinbart worden ist, daß dessen Betrieb bereits seit einem früheren Zeitpunkt für Rechnung der Gesellschaft gehen solle (vgl. Esser § 243 Anm. 8).

§ 240.

Verlust in Höhe des halben Grundkapitals. Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung.

Erreicht der Verlust, der sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergiebt, die Hälfte des Grundkapitals, so hat der Vorstand unverzüglich die Generalversammlung zu berufen und dieser davon Anzeige zu machen.

Sobald Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt, hat der Vorstand die Eröffnung des Konkurses zu beantragen; dasselbe gilt, wenn sich bei der Auf-

stellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergiebt, daß das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt.

ADH. Art. 240. **Entw. I** § 220. **Entw. II** § 235.

I. **Bei der Aufstellung einer Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz sich ergebend.** Dies ist als Voraussetzung in § 240 Abs. 1 (Verlust in Höhe des halben Grundkapitals) und in § 240 Abs. 2 Halbs. 2 (Überschuldung), nicht auch in § 240 Abs. 2 Halbs. 1 (Zahlungsunfähigkeit) genannt.

a. **Abweichung des Inhalts der Berechnungen des § 240 von den Bilanzen des § 261** („bei". „Bei" ist gleichbedeutend mit „gelegentlich" (§ 39 Anm. IIa 1). In Art. 240 ADH. lautete die entsprechende Redewendung: „wenn aus der Jahresbilanz oder einer im Laufe des Geschäftsjahrs aufgestellten Bilanz sich ergibt". Die neue Fassung ist gewählt, um klarzustellen, daß für die Frage, ob ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals oder in Höhe von mehr als dem vollen Betrag des Grundkapitals (= Überschuldung) eingetreten sei (die Denkschrift erwähnt an dieser Stelle allerdings nur den letzteren Fall, aber bei dem gleichen Wortlaut läßt sich nicht unterscheiden), nicht alle Regeln des § 261 über die Wertansätze in der Bilanz von Aktiengesellschaften maßgebend sind (D. 141; ebenso Staub[5]-Pinner Anm. 2, vgl. Rehm § 12; abweichend Staub[7] Anm. 2. Die Vorschriften in § 261 Nr. 1 und 2 haben im wesentlichen nur den Zweck, die vorzeitige Verteilung unsicherer Gewinne zu verhüten; bewirkt daher z. B. die in § 261 geforderte Einsetzung der zur Veräußerung bestimmten Gegenstände in die Bilanz höchstens mit dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis, daß in der Bilanz der äußere Anschein einer Überschuldung hervorgerufen wird, während in Wirklichkeit ein solches Ergebnis durch den gesteigerten Wert der betreffenden Vermögensbestandteile vollständig ausgeschlossen ist, so liegt eine Überschuldung im Sinn des § 240 Abs. 2 nicht vor (D. 141). Ebenso ist umgekehrt z. B. unerheblich, ob die Vorschrift des § 261 Nr. 3 gewahrt ist, wenn in Wahrheit die dauernd zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmten Gegenstände einen geringeren Wert haben als der Anschaffungs- oder Herstellungspreis abzüglich der Abnutzung; in letzterer Beziehung ist jedoch wahrer Wert nicht der zur Zeit vorhandene Veräußerungswert, vielmehr der besondere Gebrauchswert (§ 261 Anm. VIa 2; mithin (KB. 74) braucht eine Entwertung, die als nur vorübergehende zu erachten ist, nicht berücksichtigt zu werden. Dagegen Simon 469, der die (von ihm anders ausgelegte) Nr. 3 auch für die nach § 240 vorzunehmende Ermittelung als maßgebend ansieht; auch Ring Nr. 2, Rehm § 41 C 3, Staub[5]-Pinner Anm. 2 erachten § 261 Nr. 3 für anwendbar auf die Bilanz des § 240 Abs. 1. Die D. 141 bemerkt: „Eine ausdrückliche Bestimmung, daß § 261 hier nicht anwendbar sei" (wie der Abs. 3 im Entw. I sie enthielt), „ist vermieden, da sie nach anderen Richtungen Zweifel hervorrufen könnte." — Bei der Vergleichung des Vermögens (§ 178 Anm. Ic) mit den Schulden (Abs. 2) sind selbstverständlich weder das Grundkapital noch der Betrag etwaiger Reservefonds als Schulden zu rechnen (M. 236: „Rücklagen"); wohl aber ist Bewertungsfonds (z. B. ein die Abschreibungen vertretender Erneuerungsfonds oder ein Delkrederefonds) in die Passiva einzustellen. Die Forderungen wegen noch nicht eingezahlter Einlagen — gleichgültig, ob diese schon eingefordert sind oder nicht — sind Teile des Vermögens und daher zu berücksichtigen (M. 236).

b. **Aufstellung einer Bilanz.** Jahresbilanz vgl. § 260 Anm. IIa. Die Aufstellung von Zwischenbilanzen ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, und auch aus § 240 ist eine Pflicht hierzu nicht zu folgern (Esser Anm. 4). Für die Anwendung des § 240 ist es unerheblich, ob die Zwischenbilanz gemäß einer durch die Satzung oder anderweit auferlegten Pflicht, oder ob sie freiwillig gezogen wird.

c. **„Sich ergebend".** Ist nach dem oben zu a Bemerkten überhaupt unerheblich, ob der Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals oder die Überschuldung aus der aufgestellten Bilanz zu ersehen ist, so ist um so weniger für den Vorstand entlastend, daß die Überschuldung aus dem Grund aus der Bilanz nicht hervorgeht, weil diese falsch aufgestellt war (D. 141; vgl. entsprechend § 215 Anm. IIIc).

II. **Verpflichtung bei Verlust in Höhe des halben Grundkapitals.**

a. **Ein die Hälfte des Grundkapitals erreichender Verlust,** d. h. die Zahl, welche in Währung dem sich ergebenden Wert des Verlusts entspricht, muß mindestens gleich hoch sein wie die Zahl, welche die Hälfte des Grundkapitals (§ 178 Anm. II) darstellt. Vom vollen Grundkapital, nicht etwa nur von dem darauf bereits geleisteten Teil der Einlagen, ist die Hälfte zu berechnen (Staub[8]-Pinner Anm. 3, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 3). Nur wenn zum erstenmal der Verlust jene Höhe erreicht, tritt die Verpflichtung ein. Bleibt der Verlust (worunter nicht etwa der Jahresverlust zu verstehen, § 261 Anm. XII b) auch bei späteren Bilanzen mindestens gleich der Hälfte des Grundkapitals, so braucht während dieser Zeit nicht jedesmal von neuem berufen und angezeigt zu werden. Irrig erscheint die Bemerkung Rudorffs: „Voraussetzung für die Berufung der Generalversammlung ist keineswegs, daß das halbe Grundkapital verloren ist; dasselbe kann vielmehr vollständig intakt sein".

b. **Verpflichtung des Vorstands.**

1. Verpflichteter. Die Verpflichtung ruht auf dem Vorstand als Behörde, entsprechend der Vorschrift, daß allgemein — soweit nicht die Satzung etwas Gegenteiliges vorschreibt — nur der Vorstand als Behörde berufen kann, nicht jedes einzelne Mitglied (§ 253). Das Vorstandsmitglied, welches auf Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtung dringt, aber überstimmt wird, ist indessen als entschuldigt nur anzusehen, wenn es seinerseits, z. B. durch Mitteilung an den Aufsichtsrat (vgl. § 246 Abs. 2) oder an das Registergericht (vgl. § 319 Abs. 1), das in seinen Kräften Stehende tut, um die Erfüllung der Verpflichtung dennoch herbeizuführen.

2. Inhalt der Verpflichtung ist die unverzügliche (d. h. ohne schuldhaftes Zögern erfolgende, BGB. § 121) Berufung der Generalversammlung und Anzeige an diese nach ihrem Zusammentreten. Bei der Berufung soll der Zweck angegeben werden (§ 256 Abs. 1); der Zweck ist hier die Erstattung der Anzeige vom Verlust. Zur Stellung bestimmter Anträge ist der Vorstand nicht verpflichtet. Ist nur die „Erstattung der Anzeige vom Verlust" als Zweck angekündigt, so ist die Generalversammlung nicht für befugt zu erachten, über einzelne Abhilfemaßregeln zu beschließen; hierzu bedarf es vielmehr einer umfassenderen Zweckangabe.

3. Erzwingung. Das Registergericht des Sitzes der Gesellschaft hat durch Ordnungsstrafen die Mitglieder des Vorstands zur Berufung der Generalversammlung und zur Erstattung der Anzeige anzuhalten (§ 319 Abs. 1). Außerdem tritt bei Verletzung der Obliegenheit die Verpflichung zum Schadensersatz ein (§ 241 Abs. 2).

III. **Verpflichtung bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung.**

a. **Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung.**

1. Zahlungsunfähigkeit vgl. KO. § 102. Auf welche Weise der Vorstand Kenntnis von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit erhält, ist unerheblich. Zahlungsunfähigkeit ist die Unfähigkeit zur sofortigen Tilgung fälliger Schulden; nicht erforderlich ist, daß sie auch nach außen hervorgetreten ist (RGSt. **14** 222 gegen **4** 68). In der Regel wird Zahlungsunfähigkeit erst dann vorliegen, wenn auch nicht die Möglichkeit besteht, durch Inanspruchnahme des Kredits der AG. in den Besitz bereiter Zahlungsmittel zu gelangen (RGSt. **37** 26). Zahlungsunfähigkeit kann vorliegen, trotzdem Überschuldung nicht vorhanden ist (RGSt. **3** 195). Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere anzunehmen, wenn Zahlungseinstellung erfolgt ist (KO. § 102 Abs. 2).

2. Überschuldung vgl. KO. § 207 Abs. 1. Die Überschuldung hat die Verpflichtung zur Konkursanmeldung nur zur Folge, wenn sie sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergibt (oben Anm. I a). Eine sonst bekannt gewordene Überschuldung berechtigt zwar jedes Vorstandsmitglied zum Antrag auf Konkurseröffnung (KO. §§ 207, 208), verpflichtet aber nicht hierzu (Staub[8]-Pinner Anm. 14).

b. **Verpflichtung des Vorstands.**

1. Verpflichteter. Auch § 240 Abs. 2 nennt als Verpflichteten den Vorstand als Be-

hörde. Da jedoch nach KO. § 208 schon auf Antrag eines einzelnen Vorstandsmitglieds, wenn es Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung glaubhaft macht, Konkurs zu eröffnen ist, so lastet in Wahrheit die Verpflichtung auch auf jedem einzelnen Vorstandsmitglied (entsprechend auch § 315 Nr. 2). Stellt ein einzelnes Mitglied den Antrag, und erfolgt die Abweisung aus einem Grund, der fortgefallen wäre, wenn alle Mitglieder gemeinsam den Antrag gestellt hätten (vgl. KO. § 208 Abs. 2), so werden die übrigen Mitglieder hierdurch nicht von ihrer Haftung befreit.

2. Inhalt der Verpflichtung ist die Stellung des Antrags auf Konkurseröffnung (vgl. § 210 Anm. II d). Bei Versicherungsunternehmungen tritt an die Stelle des Konkursantrags beim Gericht die Anzeige an die Aufsichtsbehörde (PrivVUntG. § 68 Abs. 2). — Der § 241 Abs. 3 Nr. 6, Abs. 4 hebt hervor, daß die Mitglieder des Vorstands ersatzpflichtig seien sowohl gegenüber der Gesellschaft wie auch — soweit die Gesellschaftsgläubiger nicht von der Gesellschaft ihre Befriedigung erlangen können — gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, wenn „entgegen den Vorschriften dieses Gesetzbuchs" Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Überschuldung sich ergeben hat. Da derartige ausdrückliche Vorschriften nicht vorhanden sind (nur einen Sonderfall regelt KO. § 241), so muß aus § 241 Abs. 3 Nr. 6 geschlossen werden, daß im Sinn des Gesetzgebers in § 240 Abs. 2 zugleich das allgemeine Verbot liegen sollte, nach dem dort angegebenen Zeitpunkt noch Zahlungen zu leisten, also das Gebot, die Zahlungen sofort einzustellen.

3. Erzwingung der Verpflichtung zur Stellung des Konkursantrags erfolgt durch die Strafvorschrift des § 315 Nr. 2; die Verletzung der Pflicht erzeugt gegenüber der Gesellschaft Schadensersatzpflicht gemäß § 241 Abs. 2. Die Verletzung der Verpflichtung zur Zahlungseinstellung (oben zu 2) bewirkt Ersatzpflicht gemäß § 241 Abs. 3 Nr. 6, Abs. 4; unter Umständen tritt auch strafrechtliche Ahndung ein (KO. § 241).

§ 241.

Haftung der Vorstandsmitglieder.

Die Mitglieder des Vorstandes haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden.

Mitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft als Gesammtschuldner für den daraus entstehenden Schaden.

Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn entgegen den Vorschriften dieses Gesetzbuchs:

1. Einlagen an die Aktionäre zurückgezahlt,
2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnantheile gezahlt,
3. eigene Aktien oder Interimsscheine der Gesellschaft erworben, zum Pfande genommen oder eingezogen,
4. Aktien vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder, falls der Ausgabepreis höher ist, vor der vollen Leistung dieses Betrags ausgegeben werden,
5. die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens oder eine theilweise Zurückzahlung des Grundkapitals erfolgt,
6. Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Ueberschuldung sich ergeben hat.

In den Fällen des Abs. 3 kann der Ersatzanspruch auch von den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können, geltend gemacht werden. Die Ersatzpflicht wird ihnen gegenüber weder durch einen

Verzicht der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.

Die Ansprüche auf Grund dieser Vorschriften verjähren in fünf Jahren.

ADH. Art. 241. **Entw. I** § 221. **Entw. II** § 236.

I. Sorgfaltspflicht.
II. Haftung gegenüber der Gesellschaft.
III. Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.
IV. Haftung gegenüber Dritten.
V. Verjährung.

I. **Sorgfaltspflicht (§ 241 Abs. 1).** Geschäftsführung vgl. § 231 Anm. III. Über die Pflicht zur Rechnungslegung vgl. § 114 Anm. VI, § 231 Anm. II b. Die Sorgfalt eines ordentlichen „Geschäftsmanns" (ebenso § 202 Abs. 2, §§ 203, 204) ist genannt, weil das Vorstandsmitglied als solches nicht „Kaufmann" ist (§ 1 Anm. IV d 3). Zum Maßstab dient nicht eine besondere Erfahrung und Kenntnis in dem bestimmten Geschäftszweig der Gesellschaft, sondern lediglich die Sorgfalt, welche jeder ordentliche Geschäftsmann anwendet (M. 147, KB. 23). — Der Vorstand ist — abgesehen von den Vorschriften in §§ 192 f. — nicht verpflichtet, ohne besonderen Anlaß nachträglich zu prüfen, ob die AG. so, wie geschehen, hätte errichtet werden sollen und ob nicht der Errichtung ein Verhalten zu grund liegt, welches die Weigerung der Erfüllung der Rechtsgeschäfte, durch welche die Gesellschaft zustande gekommen ist, als im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheinen ließe (RG. 18 75).

II. **Haftung gegenüber der Gesellschaft bei Obliegenheitsverletzung (§ 241 Abs. 2).**

a. **Verletzung der Obliegenheiten.** Der in Abs. 2 genannte Begriff der Obliegenheiten ist weiter als der in Abs. 1 erwähnte Begriff der Sorgfalt. Die Anwendung der Sorgfalt ist eine der Obliegenheiten. Andere Obliegenheiten sind genannt z. B. in §§ 233 ff. und sonst an vielen Orten zerstreut im Gesetz. Bestimmte Beispiele von Verletzung der Obliegenheiten sind zusammengestellt in § 241 Abs. 3; hierüber unten Anm. III c. Eine Obliegenheitsverletzung liegt z. B. auch in der Nichtberufung einer Generalversammlung, wenn das Interesse der Gesellschaft die Berufung erfordert (RG. **35** 87) und in anderen Fällen notwendiger Berufung (§ 253 Anm. II).

b. **Der Gesellschaft** haften nach § 241 Abs. 2 die Vorstandsmitglieder. Inwieweit sie gleichzeitig den Gesellschaftsgläubigern haften, vgl. Anm. III, IV b. Über die Frage, inwieweit sie allgemein Dritten und insbesondere Aktionären haften, vgl. unten Anm. IV.

1. Verzicht der Gesellschaft. Die Haftung gegenüber der Gesellschaft wird ausgeschlossen durch einen Verzicht der Gesellschaft (vgl. § 241 Abs. 4 Satz 2). Inwieweit in einer Entlastung ein Verzicht liegt, vgl. § 260 Anm. IV a, b.

2. Handeln gemäß Anweisung von Generalversammlung oder Aufsichtsrat. Dadurch, daß eine Handlung auf einem Beschluß der Generalversammlung beruht, ist die Haftung gegenüber der Gesellschaft in der Regel gleichfalls ausgeschlossen (vgl. § 241 Abs. 4 Satz 2); nicht jedoch, wenn der Beschluß wegen Verstoßes gegen Gesetz oder Satzung nichtig oder unverbindlich war, denn in diesen Fällen war der Beschluß der Generalversammlung — da sie gleichfalls nur Gesellschaftsbehörde, nicht gleichbedeutend mit der Gesellschaft ist (§ 250 Anm. IV) — auch als Anweisung unwirksam (§ 271 Anm. V c, Hagen in GruchotsBeitr. 42 361, vgl. RG. **7** 108, Stier ZHR. **53** 61; dagegen M. 150, Pinner Anm. II 6, Esser § 273 Anm. 3, Küntzel Aufsichtsrat 60, vgl. RG. **46** 64.

3. Haftungbeschränkende Bestimmung der Satzung oder des Anstellungsvertrags. Die Genehmigung der Handlung durch den Aufsichtsrat entlastet die Vorstandsmitglieder nicht; es sei denn, daß der Vorstand bezüglich der betreffenden Handlung nach Gesetz, Satzung oder Dienstvertrag verpflichtet ist, der einzuholenden Entschließung des Aufsichtsrats Folge zu leisten (RG. 30 I 00 JW. 186[15]; abweichend OLG. Hamburg 6 XII 02 OLGRspr. **6** 190). — Eine Einschränkung der Haftung gegenüber der Gesellschaft, z. B. durch Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (RG. **13** 46), kann auch durch Bestimmung der Satzung oder des Anstellungsvertrags erfolgen (dagegen

Esser § 249 Anm. 3, Küntzel Aufsichtsrat 52; vgl. KB. 23); die Haftung gegenüber den Gläubigern dagegen ist öffentlichen Rechts (KB. 23).

c. **Haftung.**

1. Haftende Personen. Alle diejenigen Mitglieder, durch deren Obliegenheitsverletzung ein bestimmter Schaden entstanden ist, haften für diesen (§ 204 Anm. IV b) Schaden als Gesamtschuldner (BGB. §§ 421 ff.). Über die Gesamthaftung der Aufsichtsratsmitglieder vgl. § 249. Nur diejenigen einzelnen Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats haften, die ihre Obliegenheiten verletzt haben (KB. 80). Ist ein Mitglied überstimmt worden, so haftet es, insoweit ihm oblag, durch selbständige Handlungen zur Abwendung des Schadens beizutragen (§ 240 Anm. II b 1, § 315 Anm. II a).
2. Grund der Haftung. Die klagende Gesellschaft hat zu beweisen, daß eine Obliegenheitsverletzung (oben Anm. II a) vorliegt (dagegen M. 147, RG. 13 46, Tischarmann Aufsichtsrat 40, Küntzel Aufsichtsrat 56, Staub[8]-Pinner Anm. 2, CosackHR. § 121 II 1; vgl. KB. 23) und daß der Schaden infolge derselben („daraus") entstanden sei; dem in Anspruch genommenen Vorstandsmitglied steht jedoch die Einrede offen, daß (was von ihm zu beweisen) der Schaden auch ohne jene Obliegenheitsverletzung (infolge anderer Ereignisse, die dann eingetreten wären) entstanden wäre (RG. 35 86), oder daß aus einem besonderen Grund dasjenige, was sich äußerlich als Obliegenheitsverletzung darstelle, in Wahrheit keine solche sei, weil ein Verschulden mangele (ähnlich Hagen in GruchotsBeitr. 42 358).
3. Inhalt der Haftung. Die Verpflichtung geht auf Ersatz des Schadens (BGB. §§ 249 ff.). Eine Sondervorschrift für den Fall der Sorgfaltsverletzung bei Prüfung des Hergangs der Gründung enthält § 204.

III. **Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nach § 241 Abs. 4 (§ 241 Abs. 4, 3).** Eine Sondervorschrift für den Fall einer Pflichtverletzung bei Ausführung der getrennten Verwaltung nach Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf eine andere AG. oder KAG. gegen Aktiengewährung enthält § 306 Abs. 6. Eine Sondervorschrift für den Fall der Nichtbeobachtung der Vorschriften zur Sicherung der Gläubiger einer KAG. nach deren Umwandlung in eine AG. enthält § 334 Abs. 4. — Über Ersatzansprüche in anderen Fällen als denen des § 241 Abs. 4 vgl. unten Anm. IV b.

a. **Gemeinsames der Fälle des Abs. 3.**

1. Verhältnis des Abs. 3 zu Abs. 2 und zu Abs. 4. Die in Abs. 3 aufgezählten Fälle sind von sonstigen Obliegenheitsverletzungen der Vorstandsmitglieder wohl nur darum getrennt hervorgehoben, weil in diesen Fällen abweichend von anderen Fällen auch ein Ersatzanspruch der Gesellschaftsgläubiger besteht. Die Bedeutung des Abs. 3 besteht daher nicht sowohl — wie es nach der Fassung zunächst scheinen könnte — in einer Erläuterung des Abs. 2, vielmehr in seiner Beziehung zu Abs. 4.
2. Betrifft Abs. 3 nur Verkleinerungen des Grundvermögens? Das Reichsgericht (RG. 22 135) führt in Anknüpfung an Art. 225 b ADH. in der Fassung von 1870 (welcher dem § 241 Abs. 3 Nr. 1, 2, 3, 5, § 249 Abs. 3 entspricht) aus, den in Art. 225 b aufgeführten Fällen sei gemeinsam, daß es sich dabei um „Verkleinerungen des Grundkapitals durch rechtswidrige Handlungen" handelt; entsprechend sei der geforderte Ersatz beschränkt auf das „durch die angegebenen rechtswidrigen Handlungen aus dem Grundkapital Herausgegangene", der Schaden, für den gehaftet werde, sei „der daraus entstehende, daß das Grundkapital rechtswidrig verkürzt ist, während es nicht verkürzt werden sollte". Diese Erwägungen sind jedoch — wenn sie auch vielleicht dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben mögen (vgl. M. 227) — mit dem Wortlaut des jetzigen § 241 nicht mehr vereinbar. Zwar betreffen die Nummern 1, 2, 5 (und bei bestimmter Auslegung auch Nr. 3) Verstöße gegen den Grundsatz der Bindung eines dem Grundkapital (§ 178 Anm. II a) entsprechenden Teils des Gesellschaftsvermögens; und Nr. 6 behandelt, wenn auch nicht dasselbe, so doch ein verwandtes Gebiet, indem unter bestimmten Umständen jede freiwillige Verkleinerung des Gesellschaftsvermögens verboten wird; ganz aus jenem Rahmen fällt aber Nr. 4, denn diese Bestimmung, so wie sie gefaßt ist („Leistung"), betrifft nur die Frage, ob die

ausgegebenen Urkunden als „Aktien" oder nur als „Interimsscheine" bezeichnet, und ob sie „auf Inhaber" gestellt werden dürfen, nicht etwa die für die Bindung des Grundvermögens (§ 178 Anm. II a) wichtige Frage (welche in § 184 Abs. 1 allerdings in ähnlicher Wortfassung behandelt ist), ein wie hohes Einlageversprechen gegen Zuteilung eines Grundkapitalanteils gefordert werden muß. Wie hiernach in § 241 Abs. 3 auch andere Fälle als eine Verkleinerung des Grundvermögens durch rechtswidrige Handlungen behandelt sind, so umfaßt er andererseits auch nicht alle möglichen Fälle einer derartigen gesetzwidrigen Verkleinerung, z. B. nicht den Fall einer Verkleinerung durch Diebstahl oder Untreue von Vorstandsmitgliedern.

b. **Inhalt** des Ersatzanspruchs. („**Ersatz**", Abs. 3; „**der** Ersatzanspruch", Abs. 4.)

1. Umfang des Ersatzanspruchs der Gläubiger im Verhältnis zu dem der Gesellschaft. „Der Ersatzanspruch" in Abs. 4 weist zurück auf „Ersatz" in Abs. 3. Mithin können die Gläubiger den Ersatz in demselben Umfang fordern wie die Gesellschaft nach Abs. 3, sie können nur ihrerseits den Ersatzanspruch der Gesellschaft (mit der Maßgabe in Abs. 4 Satz 2) geltend machen (vgl. jedoch RG. 39 64: „Selbständigkeit des Anspruchs der Gläubiger").

2. Schadensersatz oder Ersatz des Fortgegebenen? Bestritten ist, ob unter „Ersatz" in Abs. 3 der Ersatz jedes infolge der fraglichen Handlung entstandenen Schadens und nur eines Schadens (so Staub[8]-Pinner Anm. 9, Pinner Anm. III, Ring Nr. 5, Künzel Aufsichtsrat 61, CosackHR. § 121 III; vgl. oben § 203 Anm. II), oder ob darunter der Ersatz des unmittelbar durch die Handlung aus dem Gesellschaftsvermögen Fortgegebenen zu verstehen ist (so M. 148 [dagegen M. 210], RG. 22 135 oben Anm. III a, Hagen in GruchotsBeitr. 42 346, Goldmann Nr. 10, für altes Recht auch RG. 7 XI 03 JW. 04 43[13]; vgl. GenG. § 34 Abs. 3: „Ersatz der Zahlung", BGB. §§ 1377, 1391, 1653, 1659: „Ersatz"). Nun finden sich unter den Fällen des Abs. 3 einer (Nr. 4), in welchem weder durch die dort genannte Handlung unmittelbar etwas aus dem Gesellschaftsvermögen fortgegeben wird, noch der Gesellschaft in der Regel überhaupt ein Schaden erwachsen wird, ein anderer (Nr. 3), in welchem nicht notwendig mit der Handlung ein Fortgeben aus dem Gesellschaftsvermögen verbunden ist, und ein dritter (Nr. 6), in welchem zwar etwas fortgegeben wird, aber hieraus für die Gesellschaft in der Regel kein Schaden entsteht. Unter diesen Umständen kann man allen Fällen nur dann (und der Nr. 4 selbst dann kaum) gerecht werden, wenn man „Ersatz" in Abs. 3 im weitesten Sinn nimmt, indem man darunter versteht, daß die Vorstandsmitglieder, wenn sie eine der in Abs. 3 aufgezählten rechtswidrigen Handlungen vornehmen, sowohl das unmittelbar Fortgegebene zurückzugeben haben (selbst wenn der Gesellschaft kein Schaden entstanden ist) wie auch einen etwa außerdem, nur in Zusammenhang mit der Handlung entstandenen Schaden zu ersetzen haben (selbst wenn aus dem Gesellschaftsvermögen nichts fortgegeben ist). [Nach der Fassung von 1870 nahm RG. 5 24, 19 114 an, daß Art. 248 Abs. 3 (entsprechend dem jetzigen § 241 Abs. 3 Nr. 5) nur den ersteren Anspruch, Art. 241 (entsprechend dem jetzigen § 241 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 2, 6) nur den letzteren Anspruch gewähre. Nach der Fassung von 1884 unterscheidet in gleicher Weise zwischen Art. 226 Abs. 1 und Abs. 2 RG. 7 XI 03 JW. 04 43[13] und nimmt dann an, daß auch in den Fällen des (dem jetzigen § 241 Abs. 3 entsprechenden) Art. 226 Abs. 2 neben dem hier gegebenen Anspruch auf Rückgewähr der allgemeine Schadensersatzanspruch aus dem (dem jetzigen § 241 Abs. 1, 2 entsprechenden) Art. 226 Abs. 1 bestehe.] — Bei einer derartigen Auslegung gelangt man allerdings wieder in Widerstreit mit dem „insbesondere" in Abs. 3, durch welches Wort angedeutet zu werden scheint, daß Abs. 3 nur Beispiele zu Abs. 2 geben will, in welchem letzteren wiederum nur von einem Anspruch auf Schadensersatz, nicht von einem (nicht durch Schadenentstehung bedingten) Ersatz des Fortgegebenen die Rede ist. Alle Widersprüche sind jedoch nicht vermeidbar, da die Bestimmungen in ihrer jetzigen Fassung in sich widerspruchsvoll sind. — Auch die Ansichten von Ring und Goldmann, wonach der Ersatzberechtigte durch den Beweis der in Abs. 3 hervorgehobenen Tatsachen von weiterem Beweis des Entstehens von Schaden (so

Ring, Staub³-Pinner Anm. 9) oder des Fortgebens aus dem Gesellschaftsvermögen (so Goldmann) befreit werde, führen nicht weiter, da hierdurch noch nicht bewiesen ist, in welcher Höhe Schaden entstanden oder etwas fortgegeben ist, und — wie vorstehend ausgeführt — in den Fällen der Nr. 4, 6 überhaupt kein Schaden entstanden, in den Fällen Nr. 3, 4 überhaupt nichts fortgegeben zu sein braucht.

3. Die gegenüber den Gläubigern unzulässigen Einreden. Wenngleich der ersatzberechtigte Gesellschaftsgläubiger nach Abs. 4 Satz 1 grundsätzlich nur den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend machen kann (oben zu 1), so schließt doch der Abs. 4 Satz 2 ihm gegenüber einige Einreden aus, welche der Gesellschaft gegenüber seitens des Verpflichteten geltend gemacht werden können. Zu grund liegt die Erwägung, daß von mehreren Personen, welche wegen Mitwirkung bei einer gesetzwidrigen Handlung (oder Unterlassung) als Gesamtschuldner einem Dritten auf Ersatz haften (hier: die Aktiengesellschaft und die Vorstandsmitglieder), nicht eine (die AG.) die anderen (die Vorstandsmitglieder), sei es von vornherein, sei es nachträglich, von der Haftung gegenüber dem Dritten befreien kann. Dementsprechend sind die beiden in § 241 Abs. 4 Satz 2 hervorgehobenen Fälle (vorherige Anweisung durch Generalversammlungsbeschluß und nachträglicher Verzicht) ausdehnend auszulegen. So kann z. B. gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger auch nicht eingewendet werden, daß alle Aktionäre eingewilligt haben (RG. 5 23), oder daß die Handlung auf einem Beschluß des bei der betreffenden Gesellschaft zur Erteilung von bindenden Anweisungen an den Vorstand ermächtigten (§ 235 Anm. II) Aufsichtsrats beruhe (RG. 5 23). Über die Einwirkung des Verzichts eines anderen Gesellschaftsgläubigers oder des Konkursverwalters vgl. unten Anm. III d, f. Wo der obige allgemeine Gesichtspunkt nicht anwendbar ist, da sind auch gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger Einreden aus demjenigen, was im Verhältnis zur Gesellschaft geschehen, zulässig. So insbesondere die Einrede der Erfüllung der Ersatzpflicht durch Einzahlung der Ersatzleistung in die Gesellschaftskasse (RG. 39 64). Ebenso die Einrede der Aufrechnung; es sei denn, daß das Vorstandsmitglied die unerlaubte Handlung vorsätzlich begangen hat (BGB. § 393) oder die Vorschriften der Konkursordnung (KO. § 55) entgegenstehen. — Über das Recht jedes Vorstandsmitglieds zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses, der eine Maßregel zum Gegenstand hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft haftbar machen würden, vgl. § 271 Abs. 4.

c. **Die einzelnen Fälle.** Bei allen ist vorausgesetzt, daß die Handlung „entgegen den Vorschriften dieses Gesetzbuchs" erfolgt (vgl. jedoch unten zu 6).

1. Gesetzwidrige Zurückzahlung von Einlagen an die Aktionäre. Einlage vgl. § 213 Anm. I a. Aktionär vgl. § 211 Anm. I a. „An die Aktionäre" ist hier (vgl. auch unten zu 2) gleichbedeutend mit „an Aktionäre"; die Rückzahlung braucht nicht an alle erfolgt zu sein. Ein Verbot der Rückzahlung von „Einlagen" an Aktionäre ist aus § 215 Abs. 1 zu entnehmen (§ 215 Anm. III a); dagegen nicht aus § 213 (der nur ein Rückforderungsrecht verneint, vgl. § 213 Anm. I b), noch aus § 221 (der nur eine Befreiung von noch nicht geleisteten Einlagen verbietet), noch aus § 195 Abs. 3 (aus dem höchstens für die bei Anmeldung der Gesellschaft bereits eingeforderten Teile der Einlage Schlüsse zu ziehen sind). „Rückzahlung von Einlagen" ist nur ein abgekürzter Ausdruck für „Fortgabe von Gesellschaftsvermögen in Rück-Anrechnung auf die geleistete Einlage". Eine „Rückzahlung von Einlagen" fällt daher stets unter denjenigen weiteren Begriff, der in Nr. 5 als „Verteilung des Gesellschaftsvermögens oder teilweise Zurückzahlung des Grundkapitals" bezeichnet ist. Ersteres ist daher verboten, soweit letzteres verboten ist (vgl. unten zu 5). Warum die Nr. 1 noch besonders neben der Nr. 5 hervorgehoben worden, ist nicht erkennbar.

2. Gesetzwidrige Zahlung von Zinsen oder Gewinnanteilen an Aktionäre. Aktionär vgl. § 211 Anm. I a. Über die Grenzen der Zulässigkeit einer Zahlung von Zinsen vgl. § 215 Anm. II. Über die Grenzen der Zulässigkeit einer Zahlung von Gewinnanteilen vgl. § 215 Anm. III. „Den Aktionären" ist auch hier (vgl. oben zu 1)

nicht im Sinn von „allen Aktionären" oder „der Gesamtheit der Aktionäre", sondern im Sinn von „Aktionären", d. h. „einem oder mehreren einzelnen Aktionären" zu verstehen. Werden z. B. gemäß einer den Vorschriften des § 214 nicht entsprechenden Verteilungs-Berechnung an einzelne Aktionäre höhere, an andere niedrigere Gewinnanteile gezahlt als ihnen zukommen, während doch im ganzen nicht mehr gezahlt ist als nach § 215 gezahlt werden darf, so wird hierauf dennoch § 241 Abs. 3 Nr. 2 anzuwenden sein, denn da diejenigen Aktionäre, denen zu wenig gezahlt ist, ihre Gläubigeransprüche (§ 213 Anm. II c 3) auf Zahlung des Rests behalten, so bleibt als Folge der gesetzwidrigen Verteilung doch eine Vergrößerung der Schulden, mithin eine wenigstens vorübergehende Minderung des Überschusses des Gesellschaftsvermögens bestehen, und es kann sich auch ein dauernder Schaden ergeben, zumal nicht einmal stets ein Rückgriff gegen diejenigen Aktionäre, welche zuviel empfangen haben, zulässig ist (§ 217 Abs. 1 Satz 2). — Ein Verstoß gegen Nr. 2 fällt übrigens stets auch unter Nr. 5 (vgl. RG. 19 117).

3. Gesetzwidrige Erwerbung oder Pfandnahme eigener Mitgliedscheine oder gesetzwidrige Einziehung von Anteilrechten. Vgl. §§ 226, 227. Auch soweit das Rechtsgeschäft nichtig ist, ist doch das Entstehen eines Schadens nicht vollständig ausgeschlossen, z. B. die notwendige Befriedigung von Entschädigungsansprüchen Dritter, welche schuldlos auf die Gültigkeit des Vertrags vertrauten (BGB. §§ 309, 307). Vor allem will wohl aber das Gesetz durch die Vorschrift der Nr. 3 nicht denjenigen Schaden treffen, der durch das „Erwerben", „Pfandnehmen", „Einziehen" selbst entsteht, sondern denjenigen, der dadurch entsteht, daß zum Zweck des Erwerbs, der Pfandnahme oder der Einziehung eine Gegenleistung in gesetzwidriger Weise aus dem Vermögen der Gesellschaft fortgegeben wird.

4. Gesetzwidrige Ausgabe von Aktienurkunden vor voller Leistung des Ausgabebetrags. „Ausgabepreis" vgl. § 184 Anm. I. Unter „Ausgabe von Aktien" ist hier das Ausgeben der Urkunde verstanden, nicht die Zuteilung eines Grundkapitalanteils (§ 184 Anm. I). Unter welchen Umständen ein Ausgeben von Aktienurkunden vor voller Leistung des Ausgabebetrags gesetzwidrig ist, folgt aus § 179 Abs. 3, 4; vgl. auch § 200 Abs. 2. Fälle, in denen durch die Ausgabe die Gesellschaft geschädigt wird, sind kaum denkbar. Dagegen ist nicht völlig ausgeschlossen, daß die Gesellschaft dadurch geschädigt wird, daß infolge Stellung der Aktien auf Inhaber die Ermittelung der Rechtsvorgänger erschwert wird und gleichzeitig bewiesen werden kann, daß der Erwerb der Aktie durch jene Rechtsvorgänger auch dann geschehen wäre, wenn sie gewußt hätten, es handele sich um eine noch nicht vollgezahlte Aktie. In der Regel wird sich indessen keine Schädigung der Gesellschaft nachweisen lassen, vielmehr nur eine Schädigung des Erwerbers der Aktie; der in Nr. 4 behandelte Fall hätte daher wohl ebenso als nicht hierher gehörig ausgeschieden werden sollen, wie es aus gleichem Grund (D. 141) bezüglich des in ADH. Art. 226 Nr. 4 mit ihm verkoppelten (Ausgabe von Mitgliedscheinen vor Eintragung eines Erhöhungsbeschlusses) geschehen ist.

5. Gesetzwidrige Verteilung des Gesellschaftsvermögens oder gesetzwidrige „teilweise Zurückzahlung des Grundkapitals". Beide Fälle können nicht streng voneinander geschieden werden, da auch die sogenannte „Zurückzahlung des Grundkapitals" eine Verteilung von Gesellschaftsvermögen ist (vgl. § 178 Anm. II a, § 241 Anm. III c 1, RG. 19 116). Doch ist wohl unter „Verteilung des Gesellschaftsvermögens" vorwiegend eine Verteilung nach Auflösung der Gesellschaft (ebenso Rehm Bilanzen § 5 IV A 2), dagegen unter „Zurückzahlung des Grundkapitals" vorwiegend eine in Rück-Anrechnung auf die Einlagen erfolgte Verteilung während Bestehens der Gesellschaft verstanden, insbesondere auch eine Verteilung infolge Herabsetzung des Grundkapitals (§ 288 Abs. 2). Für mögliche Verstöße kommen namentlich in Betracht die Vorschriften über Einhaltung der Sperzeit (§§ 301, 303 Abs. 3, 306 Abs. 5) und diejenigen Vorschriften, welche während bestehender Gesellschaft die Herauszahlung eines dem Grundkapital entsprechenden Teils des Gesellschaftsvermögens hindern sollen (vgl. § 215 Anm. III a). Unter den Begriff einer gesetzwidrigen „Zurückzahlung des Grundkapitals" fällt (nach D. 142) z. B. auch die

Gewährung einer den Wert wiederkehrender Leistungen übersteigenden Vergütung an Aktionäre trotz des Mangels eines bilanzmäßigen Gewinns. — Die Vorschrift ist entsprechend anzuwenden bei gesetzwidriger Ausantwortung von Gesellschaftsvermögen an einen Übernehmer des Gesellschaftsvermögens im ganzen (§ 303 Anm. IIId 3).

6. Gesetzwidrige Zahlungsleistung, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Überschuldung sich ergeben hat. Über den Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit und des Sichergebens der Überschuldung vgl. § 240 Anm. IIIa. Ein ausdrückliches Verbot, nach jenem Zeitpunkt Zahlungen zu leisten, ist im HGB. nicht enthalten; ein solches Verbot muß vielmehr erst aus § 241 Abs. 3 Nr. 6 geschlossen werden (§ 240 Anm. IIIb 2), wo es gleichfalls nicht ausgesprochen, vielmehr nur vorausgesetzt ist. Soweit durch die Zahlung eine fällige Schuld der Gesellschaft getilgt wird, kann der Gesellschaft in der Regel kein Schaden erwachsen (es sei denn, daß z. B. eine mögliche Aufrechnung unterlassen ist und die Gegenforderung uneintreibbar wird); soweit eine sonstige Zahlung geleistet wird, sei es ohne Bestehen einer Schuld oder vor deren Fälligkeit, kann zwar der Gesellschaft unter Umständen ein Schaden erwachsen, aber nach Zahlungseinstellung oder Überschuldung nicht in höherem Grad als vorher. Wenn trotzdem das Gesetz den Fall der Nr. 6 besonders hervorhebt, muß daher angenommen werden, daß nicht nur der seltene Ausnahmefall, in welchem der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist, hiermit bezeichnet werden sollte, sondern daß in jedem Fall (gleichgültig, ob der Gesellschaft ein Schaden entstanden) das Fortgegebene zurückzuerstatten ist (oben Anm. IIIb.2). Das über „Zahlungen" Bestimmte ist wegen Gleichheit des gesetzgeberischen Grundes auszudehnen allgemein auf Fortgabe von Vermögensgegenständen aus dem Gesellschaftsvermögen.

d. **Ersatzberechtigter** ist jeder Gläubiger der Gesellschaft (§ 128 Anm. III); unerheblich ist, ob er bereits zur Zeit der gesetzwidrigen Handlung Gläubiger war oder dies erst später geworden ist (RG. 5 24, 19 116). Ob auch, wer trotz Kenntnis der erfolgten gesetzwidrigen Handlung Gläubiger geworden ist, hängt davon ab, ob man annimmt (vgl. oben Anm. IIIb), daß der Anspruch auf Rückzahlung auch unabhängig von einem etwaigen Schadensersatzanspruch besteht (das Bestehen eines Anspruchs im Fall vorheriger Kenntnis verneint unter Annahme eines Schadensersatzanspruchs RG. 19 118, 22 137). Mehrere Ersatzberechtigte können unabhängig voneinander den Anspruch geltend machen, ohne daß dem einen die Rechtshängigkeit des Anspruchs des anderen entgegensteht. Erst die erfolgte Zahlung an die Gesellschaft oder einen ersatzberechtigten Gesellschaftsgläubiger steht einem anderen Ersatzberechtigten entgegen. Anzuwenden sind die Bestimmungen des BGB. §§ 428, 429 und wohl auch 430; es kann daher insbesondere ein ersatzberechtigter Gläubiger — vorbehaltlich des Rückgriffs der übrigen gegen ihn — dem schuldenden Vorstandsmitglied seine Schuld sogar mit Wirkung gegen alle Ersatzberechtigten erlassen (BGB. §§ 429 Abs. 3, 423), allerdings höchstens bis zu derjenigen Höhe, in welcher der erlassende Ersatzberechtigte seinerseits eine nicht beitreibbare Forderung gegen die Gesellschaft hat.

e. **Art der Haftung.** Die Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ist eine nur ergänzende; sie besteht nur, soweit der betreffende Gesellschaftsgläubiger seine Befriedigung nicht von der Gesellschaft erlangen kann. Der Nachweis der letzteren Voraussetzung kann auch in anderer Weise als durch Klage und Vollstreckungsversuch geführt werden (vgl. § 202 Anm. IIc 2, § 220 Anm. IIc). Im übrigen sind betreffs der Art der Haftung dieselben Grundsätze für entsprechend anwendbar zu erachten, welche in dem Fall einer Klage gegen den Aktionär wegen Empfangs gesetzwidriger Zahlungen maßgebend sind (§ 217 Anm. IIc).

f. **Konkurs.** Der § 241 enthält (abweichend von §§ 171 Abs. 2, 217 Abs. 2) keine besondere Vorschrift darüber, wer während bestehenden Konkurses zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs berechtigt sei. Da aber derartige Ansprüche die nächste Verwandtschaft haben mit Ansprüchen auf Grund der Anfechtung wegen Gläubigerbegünstigung, so sind entsprechende Regeln wie für jene Anfechtungsklagen anzuwenden, und hieraus ist trotz Fehlens einer ausdrücklichen Vorschrift herzuleiten, daß auch die hier fraglichen Ansprüche während des Konkurses nur vom Konkursverwalter geltend gemacht werden können (OLG. Hamburg

3 XII 88 ZHR. 37 552, LG. Frankfurt 22 XII 87 ZHR. 43 327, RG. 39 64, Staub⁸-Pinner Anm. 16, Ring Nr. 9, Goldmann Nr. 18; dagegen CosackHR. § 121 IV 2e, Pinner Anm. V 6, Wieland in ZHR. 55 472), und daß hierbei der Konkursverwalter die Ansprüche nicht nur, insoweit sie der Gesellschaft, sondern auch, insoweit sie den Gesellschaftsgläubigern zustehen, geltend machen kann (vgl. RG. 1 73, 37 84), so daß insbesondere ein von ihm erklärter Verzicht oder abgeschlossener Vergleich nicht nur der gemeinschuldnerischen AG. (Breit in HoldheimsMSchr. 03 92) und den einzelnen Aktionären dieser AG. (OLG. Dresden 10 XI 05 OLGRspr. 11 388), sondern den einzelnen Gesellschaftsgläubigern (RG. 39 64, Bolze 7 Nr. 645; vgl. oben Anm. III d) entgegensteht. Bezüglich der bei Konkurseröffnung bereits schwebenden Klagen von Gesellschaftsgläubigern ist das Gesetz betr. Anfechtg. von Rechtshandlungen außerhalb des Konkursverfahrens (RGBl. 98 709) § 13 entsprechend anzuwenden, mithin insbesondere der Konkursverwalter für berechtigt zu erachten, die Weiterführung jener Klagen zu übernehmen.

IV. **Haftung gegenüber Dritten nach allgemeinen Grundsätzen.**

a. **Allgemeines.** Der § 241 enthält nur Bestimmungen über die Ersatzansprüche der Gesellschaft und der Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Vorstandsmitgliedern. Der Art. 241 Abs. 1 ADH.: „Die Mitglieder des Vorstands sind aus den von ihnen im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen Dritten gegenüber für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich nicht verpflichtet" ist als selbstverständlich in das HGB. nicht übernommen (D. 141). Aber auch aus jenem früheren Art. 241 Abs. 1 folgte nicht, daß eine Haftung gegenüber Dritten überhaupt ausgeschlossen sei, ebensowenig wie aus BGB. § 164 Abs. 1 folgt, daß der Vertreter aus seiner Handlung niemals auch persönlich Dritten für Schadenszufügung verantwortlich sei. Die Frage kann daher nur so gestellt werden: ob und inwieweit schließt § 241 eine Haftung des Vorstandsmitglieds gegenüber Dritten in Fällen, in welchen sie an sich eintreten würde, aus? Dafür, daß ein Ausschluß einer Haftung allgemein gegenüber Dritten hätte erfolgen sollen, liegt kein Anhalt vor. Ein solcher Ausschluß ist daher nicht anzunehmen (RG. 22 138, RG. 5 IV 95 ZHR. 47 105). Der Anspruch auf Schadensersatz kann auf eine unerlaubte Handlung (BGB. §§ 823 ff., RG. 39 246) oder auf die Verletzung eines besonderen Vertragsverhältnisses (vgl. § 202 Anm. I b, ROH. 19 180) gestützt werden.

b. **Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern in anderen Fällen als denen des § 241 Abs. 4.** Bezüglich der Gesellschaftsgläubiger könnte man aus der Fassung des § 241 Abs. 4 schließen wollen, daß ihnen nur „in den Fällen des Abs. 3" (und § 306 Abs. 6) ein Ersatzanspruch zugestanden werden sollte; indessen hat das Reichsgericht (RG. 36 27, RG. 2 X 00 JW. 755²⁴) angenommen, daß den Gläubigern Schadensersatzansprüche auch außerhalb jener einzeln hervorgehobenen Fälle zustehen können; und in der Tat ist die Unterscheidung zwischen einer Schädigung von Gläubigern und einer Schädigung anderer Dritter nicht aufrechtzuerhalten, da durch die Schädigung jeder dritte Geschädigte Gläubiger wird und auch dem nach der gesetzwidrigen Handlung Gläubiger Gewordenen die Rechte aus Abs. 4 zustehen (oben Anm. III d).

c. **Haftung gegenüber Aktionären.** Der einzelne Aktionär steht in keinem Vertragsverhältnis zu den Vorstandsmitgliedern (§ 231 Anm. II b), er kann daher kraft Vertrags nicht von ihnen verlangen, daß sie seine Rechte achten (Str. 91 128, ROH. 19 179, RG. 28 72), und dies gilt nicht nur von einer Schädigung in seinen Gesamtrechten (§ 250 Anm. I), sondern auch von einer Schädigung in seinen Sonderrechten. Dagegen liegt kein Grund vor, dem Aktionär, auch soweit er als solcher geschädigt wird, allgemein den Schutz gegen außervertragliche Schädigung abzusprechen (ROH. 19 180, RG. 28 73, 29 7, 39 249). Eine Schädigung durch Verletzung seiner Gesamtrechte allerdings kann nicht vom einzelnen Aktionär verfolgt werden, denn wenn ihm dies Recht zugestanden würde, so würde er auf einem Umweg ein Mittel erhalten, in anderer Weise als durch die gesetzlich geordnete Mitwirkung in der Generalversammlung und Ausübung von Minderheitsrechten (§§ 268 ff.) sein Recht zu schützen; dies aber würde dem Begriff eines Gesamtrechts widersprechen (vgl. RG. 29 8, 39, 249). Dagegen ist für zulässig zu erachten (vgl. Str. 91 128), daß der ein-

zelne Aktionär eine durch Verletzung seines Sonderrechts entstandene Schadenszufügung insoweit selbständig verfolgt, als nach allgemeinen Grundsätzen Schadensersatz wegen außervertraglicher Schädigung beansprucht werden kann und die von dem Aktionär erlittene Schädigung nicht identisch ist mit der durch die Gesellschaft erlittenen Schädigung. Denn insoweit liegt ein Eingriff in sein selbständiges Recht vor, und weder darf ihm dieses Recht seitens der Gesellschaft verkümmert werden, noch kann er bei Geltendmachung desselben in Widerstreit mit der Geltendmachung des der Gesellschaft etwa entstandenen Schadens durch die Gesellschaft kommen, denn durch dieselbe Handlung kann mehreren Personen Schaden zugefügt werden, und sie sind bei Geltendmachung ihrer Ansprüche an sich unabhängig voneinander. — Die Auflösung der Gesellschaft und der Eintritt der Liquidation übt keine Wirkung im Sinn einer Erweiterung des Klagerechts der Aktionäre (§ 145 Anm. II c), ebensowenig die Beendigung der Liquidation (RG. 28 73 gegen ROH. 22 239, RG. 10 72. 76, 29 4), da die einzelnen Aktionäre nicht kraft Gesetzes Rechtsnachfolger der AG. sind (RG. 28 73), und selbst nach Beendigung der Liquidation noch die Gesellschaft etwaige Schadensersatzansprüche geltend machen kann (§ 302 Abs. 4; anders nach früherem Recht RG. 29 4). — Die Ersatzansprüche der Gesellschaft kann der einzelne Aktionär nicht geltend machen, auch nicht indem er auf Zahlung an die Gesellschaft klagt (ROH. 22 240); doch kann er als Nebenintervenient auftreten (§ 210 Anm. II c).

V. **Verjährung.** Vgl. § 159 Anm. II, § 206 Anm. III. Die in § 241 Abs. 5 bestimmte Verjährung ergreift nur die in § 241 besonders hervorgehobenen Ansprüche (oben Anm. II, III); sie beginnt mit dem Zeitpunkt der Obliegenheitsverletzung, nicht erst mit der Kenntnis von letzterer (BGB. § 198, RG. 39 52, Esser § 249 Anm. 7). Soweit Ansprüche auf Grund anderer Bestimmungen bestehen (oben Anm. IV), sind auch bezüglich der Verjährungsfrist die allgemeinen Vorschriften des BGB. (vgl. namentlich BGB. § 852) maßgebend.

§ 242.

Stellvertreter.

Die für die Mitglieder des Vorstandes geltenden Vorschriften finden auch auf die Stellvertreter von Mitgliedern Anwendung.

ADH. Art. 232a. **Entw. I** § 222. **Entw. II** § 237.

I. **Stellvertreter** sind sowohl die dauernd (KG. 11 VII 02 KGJ. 24 A 196 OLGRspr. 6 467 HoldheimsMSchr. 249) wie die nur auf Zeit (§ 248) bestellten (KB. 24). Die Bestimmung des § 242 ist irreführend, da sie den Anschein erweckt, als seien die „Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern“ niemals „Vorstandsmitglieder“. Die Bestimmung ist aber auch überflüssig. Soweit die Stellvertreter Vorstandsmitglieder sind, würden auf sie auch ohne die Bestimmung des § 242 die für Mitglieder des Vorstands geltenden Vorschriften Anwendung finden. Soweit Stellvertreter nicht Vorstandsmitglieder sind, finden jene Vorschriften trotz des § 242 auf sie nicht Anwendung. Ob aber im einzelnen Fall die als „Stellvertreter“ bezeichneten Personen Vorstandsmitglieder sind (unten Anm. II), ist nicht ableitbar aus § 242. Über die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu stellvertretenden Vorstandsmitgliedern vgl. § 248 Abs. 1. — Das stellvertretende Vorstandsmitglied ist Vertreter der Gesellschaft, nicht des behinderten Vorstandsmitglieds (KG. 12 XII 04 OLGRspr. 11 396).

II. **Beschränkung auf Stellvertretung; Wirkung dieser Beschränkung gegenüber Dritten.** Zu unterscheiden ist, ob der Betreffende unbedingt zum Vorstandsmitglied bestellt ist mit der Beschränkung, daß er nur bei Behinderung anderer Mitglieder vertretungsbefugt sein solle (und sonst die anderen Mitglieder ohne ihn), oder ob die Bestellung selbst bedingt ist durch das Eintreten einer Behinderung anderer. Im ersteren Fall (der im Zweifel als vorliegend anzusehen) kommt § 235 zur Anwendung (§ 235 Anm. I b) und ist mithin Vertretungsmacht gegenüber Dritten vorhanden selbst, wenn der Behinderungsfall in Wahrheit nicht vorliegt (RG. 24 83, KG. 11 VII 02 KGJ. 24 A 197 OLGRspr. 6 468 HoldheimsMSchr. 249). Im letzteren Fall ist § 235 nicht anwendbar, da, wenn die Bedingung, unter welcher bestellt ist,

nicht in Erfüllung gegangen, der bedingt Bestellte gar nicht Vorstandsmitglied geworden ist (vgl. RG. 24 84). Aus dem gleichen Grund ist § 235 nicht anwendbar (§ 235 Anm. Ib) auch auf die Zeitbeschränkung im Fall einer Bestellung auf Zeit (vgl. z. B. § 248; abweichend bei zeitlicher Beschränkung nur der Vertretungsmacht); nach Ablauf der Zeit erlischt daher mit der Bestellung auch die Vertretungsmacht gegenüber Dritten, vorbehaltlich etwaiger Rechte der letzteren aus § 15.

III. **Anmeldung.** Da die Anmeldungspflicht schon und erst besteht, sobald der Betreffende Vorstandsmitglied wird, so ist bei unbedingter Bestellung die Anmeldung (§ 234) schon bei der Bestellung zu bewirken (KG. 11 VII 02 KGJ. 24 A 196 OLGRspr. 6 468 HoldheimsMSchr. 249), während bei bedingter Bestellung die Anmeldungspflicht erst mit der Erfüllung der Bedingung eintritt. In letzterem Fall ist auch der Eintritt der Bedingung urkundlich (§ 234 Abs. 2) zu belegen. In ersterem Fall braucht an sich dem Registergericht das Vorliegen einer Behinderung nicht dargetan zu werden; jedoch muß es dargetan werden (§ 12 Anm. VIa 4), wenn, wie im Fall des § 248 (§ 248 Anm. IIb 4), das Bestellungsrecht des Bestellenden durch Vorliegen eines Behinderungsfalls bedingt ist. Die Zeitbeschränkung ist nicht eintragungsfähig (§ 234 Anm. Id 1).

II. Aufsichtsrat (§§ 243—249).

§ 243.

Bestellung. Widerruf.

Der Aufsichtsrath besteht, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine höhere Zahl festsetzt, aus drei von der Generalversammlung zu wählenden Mitgliedern.

Die Wahl des ersten Aufsichtsraths gilt für die Zeit bis zur Beendigung der ersten Generalversammlung, welche nach dem Ablauf eines Jahres seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zur Beschlußfassung über die Jahresbilanz abgehalten wird.

Später kann der Aufsichtsrath nicht für eine längere Zeit als bis zur Beendigung derjenigen Generalversammlung gewählt werden, welche über die Bilanz für das vierte Geschäftsjahr nach der Ernennung beschließt; das Geschäftsjahr, in welchem die Ernennung erfolgt, wird hierbei nicht mitgerechnet.

Die Bestellung zum Mitgliede des Aufsichtsraths kann auch vor dem Ablaufe des Zeitraums, für den das Mitglied gewählt ist, durch die Generalversammlung widerrufen werden. Sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, bedarf der Beschluß einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt.

ADH. Art. 224 (191, 209f). **Entw. I** § 223. **Entw. II** § 238.

I. **Notwendigkeit eines Aufsichtsrats.** Vgl. § 231 Anm. I. — Die Literatur über den Aufsichtsrat ist zusammengestellt von Rießer in Festg. f. Koch 323.

a. **Neue Gesellschaften.** Der Art. 209f ADH. lautete: „Jede Aktiengesellschaft muß außer

dem Vorstande einen Aufsichtsrat haben". Die Bestimmung ist gestrichen, weil sich dieser Grundsatz aus den übrigen Vorschriften des Gesetzes von selbst ergibt (§ 195 Abs. 1, D. 123, RG. 48 45). „Aufsichtsrat" ist wie „Vorstand" (§ 231 Anm. I) ein juristischer Begriff. Unerheblich ist daher, welcher Name der betreffenden Behörde seitens der Gesellschaft beigelegt wird, wenn sie nur die Rechte und Pflichten eines Aufsichtsrats hat (ebenso Behrend § 127 Anm. 3; dagegen Staub[8]-Pinner § 190 Anm. 1; dahingestellt RG. 45 154). — Der § 315 Nr. 1 bedroht mit Strafe die Mitglieder des Vorstands oder die Liquidatoren sowie die Mitglieder des Aufsichtsrats, wenn länger als 3 Monate die Gesellschaft ohne Aufsichtsrat geblieben ist oder in dem letzteren die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl von Mitgliedern gefehlt hat. — Über die Zulässigkeit der Errichtung anderer Behörden neben Vorstand und Aufsichtsrat vgl. § 231 Anm. I. Zulässig ist auch die Errichtung eines sogenannten Verwaltungsrats (Ring § 246 Nr. 8, Pinner § 246 Anm. V, Staub[8]-Pinner § 246 Anm. 15; dagegen Behrend § 127, Goldmann Nr. 14; vgl. M. 144, Esser § 235 Anm. 6), wenn entweder der Verwaltungsrat ein Aufsichtsrat im Sinn des HGB. ist (vgl. RG. 48 47; dagegen Pinner a. a. O.) oder (Marcus in KGBl. 97 69) neben dem Verwaltungsrat ein Aufsichtsrat mit ungeschmälerten gesetzlichen Befugnissen besteht.

b. **Ältere Gesellschaften.** D. 123 bemerkt: „Die Streichung des Art. 209f beseitigt zugleich einen Zweifel, der mit Rücksicht auf die Übergangsbestimmungen der Novelle vom 18. Juli 1884 entstanden ist. Der § 2 der letzteren führt nämlich auch den Art. 209f unter denjenigen Vorschriften an, welche auf Gesellschaften, die vor dem Inkrafttreten der Novelle bereits zum Handelsregister angemeldet waren, keine Anwendung finden sollen, und hieraus ist, der Absicht des Gesetzes entgegen, gefolgert worden, der Aufsichtsrat bilde für ältere Gesellschaften auch jetzt noch keine notwendige Einrichtung. Nach dem Entwurfe kann es keinem Zweifel mehr unterliegen, daß alle Aktiengesellschaften ohne Ausnahme einen Aufsichtsrat haben müssen". Seit dem Aktiengesetz von 1870 war das Vorhandensein eines Aufsichtsrats vorgeschrieben; die Frage kann daher nur bezüglich der bereits 1870 bestehenden Gesellschaften auftauchen. Der in der Denkschrift vertretenen Ansicht, aus dem HGB. sei in höherem Grad als aus dem bisherigen Recht eine zweifelsfreie Entscheidung abzuleiten, ist nicht zuzustimmen (Esser § 190 Anm. 1, Marcus in KGBl. 97 69, Staub[8] § 190 Anm. 5; dagegen RG. 48 42). Die herrschende Meinung erachtete jedoch schon nach früherem Recht (Staub[5] Art. 209f § 3, Tscharmann Aufsichtsrat 8; dahingestellt RG. 28 49, 48 42; dagegen überzeugend unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte Rießer Neuerungen 154, Simon HoldheimsMSchr. 01 25) und erachtet daher — trotz der nunmehr eher noch ungünstigeren Fassung des Gesetzes — ebenso nach jetzigem Recht (RG. 48 47, Staub[8]-Pinner § 190 Anm. 5) die nunmehr auch in der Denkschrift gebilligte Ansicht für zutreffend.

II. **Bestellung und Zusammensetzung.** Vgl. § 231 Anm. II.

a. **Zahl der Aufsichtsratsmitglieder.** Die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder ist mindestens drei: die Satzung (auch die geänderte, § 182 Anm. I, RG. 24 56) kann aber auch eine höhere Zahl festsetzen (§ 243 Abs. 1). Ist eine derartige Satzungsbestimmung in Wirksamkeit getreten, so ist bis zu etwaiger Satzungsänderung die in der Satzung, nicht die im Gesetz enthaltene Zahl maßgebend. Die Satzung kann nicht einer Gesellschaftsbehörde oder einem Dritten die nähere Bestimmung der Zahl innerhalb gewisser Grenzen überlassen (§ 182 Anm. IVa, V, § 231 Anm. IIa; dagegen OLG. Dresden 30 XI 85 ZHR. 35 238 ObLG. München 20 II 86 ZHR. 35 238, Staub[8]-Pinner Anm. 3, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 5); die Satzung kann z. B. nicht eine Höchst- und eine Mindestzahl von Aufsichtsratsmitgliedern in der Weise festsetzen, daß innerhalb dieser Grenzen die Generalversammlung bestimmen solle (dagegen KG. 11 VII 02 EntschFG. 3 124 KGJ. 24 A 199). — Solange die in der Satzung bestimmte oder mangels solcher Bestimmung die gesetzliche Zahl von Mitgliedern des Aufsichtsrats nicht vorhanden ist, kann der Aufsichtsrat nicht als Behörde handeln oder eine Vertretungsmacht ausüben (ROH. 14 314, RG. 4 XI 90 JW. 91 14[27], § 195 Anm. Ib); doch kann die Satzung zulassen, daß bei Ausscheiden einzelner Mitglieder die übrigen, solange noch drei vorhanden sind, als Aufsichtsrat amten dürfen. Darüber, ob auch alle vorhandenen Mitglieder mitwirken müssen, vgl. unten Anm. III a.

b. **Art der Bestellung.** Über die Art der Bestellung des ersten Aufsichtsrats vgl. § 190 Abs. 1, 2.

1. Wahl. Aus § 243 Abs. 1 (vgl. auch Abs. 2—4: „Wahl", „wählen", § 190 Abs. 1, 2) ist zu schließen, daß nur die Wahl durch die Generalversammlung zulässig ist (§ 250 Anm. IV b 1), keine andere Bestellungsart; daher insbesondere nicht Zuwahl (M. 139, KG. 21 XI 04 KGJ. 29 A 101 OLGRspr. 11 400) oder Bestellung durch einen Dritten (M. 139), oder stillschweigende (nicht besonders beschlossene) Genehmigungserteilung seitens der Generalversammlung zu einer solchen Zuwahl oder Bestellung (RG. 2 XI 86 Seuffert NF. 12 334), und zwar auch soweit die Zahl der Mitglieder die gesetzliche Zahl von drei Mitgliedern übersteigt (Pinner Anm. II, Esser Anm. 2; das Gegenteil vorausgesetzt in ROH. 14 314). Dagegen ist für zulässig zu erachten, daß die AG. durch Vertrag die Verpflichtung übernimmt, bestimmte Personen zu Mitgliedern des Aufsichtsrats zu wählen; doch muß sie in der Lage bleiben, die gewählten Mitglieder abzusetzen und zur Verantwortung zu ziehen (vgl. § 231 Anm. I). Ob einzelne Aktionäre eine solche Verpflichtung übernehmen dürfen, vgl. unten Anm. II c. An der Wahl dürfen auch diejenigen Aktionäre, welche Vorstandsmitglieder oder sonstige Gesellschaftsbeamte sind, teilnehmen; ein dies verbietender Zusatz der Reichstagskommission (KB. 75) wurde vom Reichstag wieder gestrichen (StenB. 91). Ob der zu Wählende für seine eigene Wahl stimmen darf, vgl. § 252 Anm. V b 3. Über Zulässigkeit der durch Eintragung einer Satzungsänderung bedingten und betagten Wahl vgl. § 231 Anm. II a.
2. Annahme. Zur Wahl muß die Annahme der Wahl hinzukommen, um den Gewählten zum Aufsichtsratsmitglied zu machen. Eine Wahl, die nicht angenommen oder die abgelehnt wird, bleibt wirkungslos (ROH. 14 313). Die Annahme ist jedoch nicht Teil der Bestellung (§ 243 Abs. 4); daher bedarf sie keiner besonderen Form.
3. Klage auf Gestattung der Amtsausübung. Das Aufsichtsratsmitglied, dessen Wahl von der Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, nicht als erfolgt anerkannt wird, kann gegen die Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, auf Anerkennung und auf Zulassung zur Ausübung des Amts (vorbehaltlich etwaigen Widerrufs) klagen; wird es tatsächlich durch Gesellschaftsbeamte an der Ausübung seines Amts gehindert, so kann es auch diese Beamten persönlich auf Unterlassung der Störung in Anspruch nehmen (vgl. nach früherem Recht ROH. 17 107).

c. **Wählbarkeit.** Auch wer nicht Aktionär, ist wählbar (KB. 78, RG. 24 XI 02 JW. 03 29[29]). Doch darf die Satzung jedem Mitglied des Aufsichtsrats die Hinterlegung einer bestimmten Zahl von Aktien als Sicherheit vorschreiben. Wählbar sind nur natürliche, nicht auch juristische Personen oder offene Handelsgesellschaften (KB. 20, AppH. Cöln 4 XI 73 ZHR. 22 336; dagegen Völderndorff in BuschArch. 47 1). Nicht wählbar sind Vorstandsmitglieder, nicht wählbar auch frühere Vorstandsmitglieder vor Entlastung (§ 248). Die Satzung kann besondere Voraussetzungen für die Wählbarkeit aufstellen (zweifelnd Esser Anm. 4); doch darf auch auf diesem Weg die Einengung nicht so weit erfolgen, daß dadurch ein Wählen durch die Generalversammlung (oben Anm. II b) ausgeschlossen würde. Staatsbeamte sind wählbar; für bestimmte Fälle besteht jedoch die (für die Gültigkeit der Annahmeerklärung unerhebliche) Vorschrift, daß für den Eintritt in den Aufsichtsrat die Genehmigung der vorgesetzten Behörde nachzusuchen ist (§ 231 Anm. II a). Ein Verbot, mehrere Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft sei es in den Vorstand, sei es in den Aufsichtsrat, sei es teils in ersteren teils in letzteren zu wählen, besteht nicht (Hergenhahn in BuschArch. 47 113, Esser Anm. 6, Pinner § 248 Anm. V gegen Völderndorff in BuschArch. 47 1 ff.). Ebensowenig schließt nahe Verwandtschaft mit anderen Aufsichtsratsmitgliedern oder mit Vorstandsmitgliedern die Wählbarkeit aus (KB. 20). Auch nicht der Umstand, daß der zu Wählende nicht im Vollbesitz der Ehrenrechte oder im Konkurs ist (M. 226). — Ein Abkommen von Gesellschaftern über abwechselnde Besetzung einer Aufsichtsratsstelle mit einem Angehörigen je einer bestimmten von mehreren Personengruppen wurde, als gegen die guten Sitten verstoßend, für nichtig erklärt (RG. 57 207); doch wird man nicht so weit gehen können, vielmehr nur (BGB. § 157) aus wichtigem Grund (z. B. wegen Nichtvorhandenseins eines Vertrauenswürdigen innerhalb der betreffenden Personengruppe) ein Abweichen von dem Wortlaut der

Vereinbarung zulassen dürfen. Ob die AG. sich vertraglich zur Wahl bestimmter Personen verpflichten darf, vgl. oben Anm. II b 1. Ein Vertrag zwischen AG. und einem Dritten, daß eine bestimmte Person nicht zum Aufsichtsratmitglied gewählt werden solle, schließt für das innere Verhältnis des so Ausgeschlossenen zur AG. nicht dessen Wählbarkeit aus (RG. 60 174).

d. **Amtsdauer.** Als Grenze des Zeitraums ist nicht wie in ADH. Art. 191 der Schluß eines Geschäftsjahrs genannt, sondern die Beendigung derjenigen ordentlichen Generalversammlung, welche (in der Regel) die Neuwahlen vorzunehmen hat; die frühere Vorschrift führte zu dem Mißstand, daß die Aufsichtsratsmitglieder in der Regel zu einem Zeitpunkt ausscheiden mußten, in dem die Möglichkeit von Neuwahlen nicht besteht (D. 142). Die Verschiedenheit in der Fassung zwischen Abs. 2 („zur Beschlußfassung abgehalten wird") und Abs. 3 („beschließt") ist wohl unbeabsichtigt; die Fassung des Abs. 2 ist die genauere und die Fassung des Abs. 3 wohl nur als Abkürzung der ersteren gemeint. Hiernach ist als in Betracht kommende Generalversammlung zwar nur diejenige zu rechnen, die ordnungsmäßig berufen ist und auf deren Tagesordnung die Beschlußfassung über die Jahresbilanz (§ 260) gesetzt ist; unerheblich dagegen ist, ob auf der Generalversammlung tatsächlich ein Beschluß über die Bilanz zustande kommt, unerheblich auch, ob auf die Tagesordnung die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern gesetzt war oder ob eine solche Wahl erfolgt.

1. **Erster** Aufsichtsrat (§ 243 Abs. 2). Die Wahl des ersten Aufsichtsrats (§ 190 Abs. 1, 2) „gilt" für die in § 243 Abs. 2 angegebene Zeit. Damit soll ausgedrückt werden, daß weder die Festsetzung eines längeren noch aber auch die Festsetzung eines kürzeren Zeitraums zulässig ist: letzteres wegen der Befürchtung, daß dann auch der zweite Aufsichtsrat unter dem Einfluß der Gründer stehen könnte (M. 141). Doch ist ein Widerruf vor Zeitablauf (§ 243 Abs. 4) auch bezüglich des ersten Aufsichtsrats zulässig (RG. 24 56). Ebenso ein Ausscheiden von Mitgliedern und entsprechende Ergänzungswahl; ferner auch die Wahl neu hinzukommender Mitglieder infolge Vermehrung der vorgeschriebenen Mitgliederzahl durch Satzungsänderung (RG. 24 56). Auch die ergänzend oder neu gewählten Mitglieder gelten als Mitglieder des „ersten" Aufsichtsrats im Sinne des § 243 (RG. 24 56); in § 243 Abs. 2 ist mithin das Wort „erster" in anderem Sinn gebraucht als in §§ 190 Abs. 1, 199 Abs. 1 Nr. 4. — Die Generalversammlung, bis zu deren Beendigung die Wahl gilt, muß 1. die zur Beschlußfassung über die (= eine) Jahresbilanz abgehaltene sein (Frist für deren Berufung vgl. § 260 Abs. 2), 2. nach Ablauf eines Jahres seit Eintragung der Gesellschaft (§ 198) stattfinden. Hieraus folgt, daß dies nicht notwendig die erste nach Entstehung als Aktiengesellschaft (§ 200 Anm. I) zwecks Bilanzgenehmigung abgehaltene Generalversammlung zu sein braucht (denn jedes Geschäftsjahr, und insbesondere das erste Geschäftsjahr, selbst zuzüglich der Frist des § 260 Abs. 2, kann kürzer sein als ein Kalenderjahr, § 39 Abs. 2), ferner auch, daß die Amtsdauer des ersten Aufsichtsrats unter Umständen erheblich länger sein kann als ein Jahr, ja sogar zwei Jahre übersteigen kann.

2. **Späterer** Aufsichtsrat (§ 243 Abs. 3). Für dessen Amtsdauer ist nur eine Höchstbegrenzung vorgeschrieben. Zulässig ist es mithin, die Amtsdauer in anderer Weise als durch Bezugnahme auf die Beendigung einer Generalversammlung zu bestimmen (Pinner Anm. VI 2 b). Eine Wahl, die für einen die gesetzliche Höchstgrenze übersteigenden Zeitraum vorgenommen wird, gilt bis zum Ablauf der Höchstgrenze (Pinner Anm. VI 3). Die in § 243 Abs. 3 näher bezeichnete Höchstgrenze ist eine solche von ungefähr fünf Geschäftsjahren. — Daß in Abs. 3 die Wahl des „Aufsichtsrats" statt der „Mitglieder des Aufsichtsrats" geregelt ist, beruht wohl nur auf einem Fassungsfehler. Im Abs. 3 — abweichend von Abs. 2 — sollte wohl nicht ausgeschlossen werden, daß die einzelnen Mitglieder des späteren Aufsichtsrats auf verschiedene Zeiträume gewählt werden und daß z. B. angeordnet werden kann, es solle nicht ein gleichzeitiges Ausscheiden aller Mitglieder, sondern nur ein jedesmaliger Wechsel nur einiger von ihnen stattfinden (Ring Nr. 6, Staub[8]-Pinner Anm. 6, Goldmann Nr. 16; dagegen Katz-Dyhrenfurth 62).

e. **Vertragsverhältnis zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern und der Gesellschaft.** Es gilt das Gleiche wie bezüglich der Vorstandsmitglieder (§ 231 Anm. II b, Zitelmann ZHR. 52 34,

Bernau JheringsJ. 44 227). Ist den Aufsichtsratsmitgliedern ein Entgelt für ihre Tätigkeit versprochen, so kommen die Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung, anderenfalls die Vorschriften des BGB. über den Auftrag zur Anwendung (ebenso RG. 21 XI 04 KGJ. 29 A 100 OLRspr. 11 399; Näheres über die einzelnen möglichen Fälle bei Bernau JheringsJ. 44 242). Die Ausübung der Obliegenheiten der Aufsichtsratsmitglieder ist nicht übertragbar (§ 246 Abs. 4). Die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats (oben Anm. II d 1) sind stets nur Beauftragte (dagegen Ring Nr. 8, Küntzel Aufsichtsrat 21), da es in der Willkür der Gesellschaft steht, ob sie ihnen nachträglich eine Vergütung bewilligen will (§ 245 Abs. 3). — Welche Gesellschaftsbehörde namens der Gesellschaft den Vertrag schließt, ist nicht unzweifelhaft. Anzunehmen ist (§ 250 Anm. IV c 3), daß unmittelbar die Generalversammlung durch ihre Wahl (ohne Vermittelung durch den Vorstand) das Vertragsanerbieten macht, daß dagegen die Annahme sowohl gegenüber der Generalversammlung wie gegenüber dem Vorstand erklärt werden kann. Bezüglich der Mitglieder des ursprünglichen Aufsichtsrats (§ 190) ist die Annahme eines Vertragsabschlusses unmittelbar mit der Generalversammlung als Vertreterin der Gesellschaft (§ 200 Anm. II a 2) jedenfalls nicht zu umgehen. Der Vorstand ohne Zuziehung der Generalversammlung ist nicht ermächtigt, einen Vertrag mit Aufsichtsratsmitgliedern über eine diesen zu gewährende Vergütung zu schließen (Goldmann Nr. 1, Staub[8]-Pinner § 245 Anm. 3; dagegen Staub[7] § 245 Anm. 3). Zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern und den einzelnen Aktionären besteht kein Vertragsverhältnis (§ 241 Anm. IV c). — Ob durch die Satzung eine Verpflichtung zur Übernahme eines Amts als Mitglied des Aufsichtsrats gültig auferlegt werden kann, vgl. § 212 Anm. III b 3.

f. **Anspruch auf Vergütung.** Die Absicht der Parteien kann im Einzelfall dahin gehen, daß dem Aufsichtsratsmitglied eine Vergütung, oder auch dahin, daß ihm keine Vergütung gewährt wird. Im ersteren Fall besteht ein Anspruch auf die Vergütung in den Grenzen der Satzung (§ 245 Anm. II a) und mit den Beschränkungen des § 245. Daß im Zweifel die Absicht unentgeltlicher Dienstleistung vorhanden (so Keyßner ZHR. 48 511, Zitelmann ZHR. 52 51, Staub[8]-Pinner § 245 Anm. 3), ist nicht anzunehmen; ebensowenig, daß im Zweifel Entgeltlichkeit beabsichtigt ist (so Küntzel Aufsichtsrat 21); vielmehr ist an sich weder die Absicht der Entgeltlichkeit noch die Absicht der Unentgeltlichkeit überwiegend wahrscheinlich. Auch schließt der Umstand allein, daß die Satzung keine Bestimmung über die zu gewährende Vergütung enthält, nicht aus, daß eine solche zu gewähren ist (Ring § 245 Nr. 1, Pinner Anm. I 1, Goldmann Nr. 2; vgl. jedoch unten § 245 Anm. II b). Mangels anderweiter Bestimmung über die Höhe ist eine übliche Vergütung als vereinbart anzusehen (BGB. § 612 Abs. 2). — Selbst soweit kein Anspruch auf Vergütung besteht, kann die Generalversammlung einen bestimmten Betrag als Vergütung nachträglich bewilligen (ROH. 22 281; dagegen wohl RG. 22 III 02 JW. 256[23], Esser § 245 Anm. 6); nur wenn das so Bewilligte dasjenige, was unter den Umständen des Einzelfalls billig ist (vgl. BGB. § 534), übersteigt (ebenso Behrend § 127 IV), würde allerdings insoweit jeder einzelne Aktionär auf der Generalversammlung widersprechen können (vgl. § 250 Anm. II c 6). Doch besteht kein die Zubilligung einer Vergütung hinderndes Sonderrecht der Aktionäre, wenn der Beschluß behufs Beseitigung tatsächlicher oder rechtlicher Zweifel über die Höhe des Vergütungsanspruchs ergeht (RG. 22 III 02 JW. 256[22]). — Ist im Einzelfall der Anteil des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds an der dem Aufsichtsrat zu gewährenden Gesamtvergütung bestimmt, so kann der einzelne gegen die AG. auf Zahlung seines Anteils klagen (BGB. § 420, Staub[8]-Pinner § 245 Anm. 13). Steht der Anspruch auf Vergütung nicht jedem einzelnen Aufsichtsratsmitglied, sondern nur allen gemeinsam (behufs demnächstiger Verteilung unter sich) zu, so ist BGB. § 432 anwendbar: jeder einzelne kann Leistung an alle fordern (ebenso Pinner § 237 Anm. II 3; dagegen Esser § 245 Anm. 5 und nach früherem Recht ROH. 24 355).

III. **Geschäftsführung.**

a. **Form** der Geschäftsführung. Die Frage der Geschäftsführungsform kann erst in Betracht kommen, wenn feststeht, daß ein geschäftsführungsbefugter Aufsichtsrat an sich vorhanden (oben Anm. II a) ist. Das Gesetz bestimmt nichts darüber, in welcher Weise der

Aufsichtsrat zusammentreten und seine Beschlüsse fassen soll. In erster Reihe entscheiden hierüber die Satzung und etwaige Beschlüsse der Generalversammlung. Mangels solcher Bestimmungen ist anzunehmen, daß die §§ 32, 34 BGB. entsprechend anwendbar sind, da in ihnen eine in Wahrheit für alle aus mehreren Mitgliedern bestehenden privaten Vereinsbehörden geltende Regelung zu erblicken ist, die nur zufällig bloß bezüglich einzelner derartiger Behörden (vgl. BGB. § 28 Abs. 1, § 86) ausdrücklich für maßgebend erklärt worden ist (vgl. auch § 231 Anm. IIIa). Da das Gesetz keine Beschränkung bezüglich der Beschlußfähigkeit enthält, so ist mangels einer anderweiten für den Einzelfall getroffenen Bestimmung anzunehmen, daß die nach ordnungsmäßiger Einladung Erschienenen stets auch beschlußfähig sind (entsprechend für Generalversammlung § 250 Anm. IVa 7), auch wenn nicht alle Mitglieder erschienen sind (ebenso Staub[8]-Pinner § 246 Anm. 14; dagegen Staub[7] § 246 Anm. 14, Ring Nr. 7, Mankiewitz Aufsichtsrat 33, Bauer[2] Aufsichtsrat 22; dahingestellt: KG. 12 X 05 EntschFG. 6 193), und selbst wenn weniger als drei erschienen sind (dagegen Pinner Anm. V, Ring Nr. 7, Staub[8]-Pinner § 246 Anm. 14, Küntzel Aufsichtsrat 79). Wollte man für jeden Beschluß die Teilnahme aller Mitglieder fordern, so wäre der Aufsichtsrat beschlußunfähig, wenn nur ein Mitglied wegen eigener widerstreitender Interessen am Mitbeschließen verhindert (KGJ. 4 34) wäre. Hat der Aufsichtsrat einen Vorsitzenden gewählt, so hat dieser im Zweifel die Versammlungen zu berufen und die Beratungen zu leiten. Ob an ihn Anzeigen einzelner Aufsichtsratsmitglieder, daß sie ihr Amt niederlegen, wirksam gerichtet werden können, vgl. unten Anm. VI. Wem für den Aufsichtsrat Anfechtungsklagen zuzustellen, vgl. § 272 Anm. Ib. — Die Aufnahme eines Protokolls über die Sitzungen des Aufsichtsrats ist im Gesetz nicht vorgeschrieben. Geht ein Protokoll oder ein durch Rundschreiben gefaßter Beschluß verloren, so kann die Urkunde durch Bestätigung des früheren Beschlusses zu Protokoll einer neuen Sitzung oder durch Unterschreiben eines neuen Rundschreibens ersetzt werden (KGJ. 18 37). — Über das Zusammenwirken bei Ausübung der Vertretungsmacht vgl. § 247 Anm. Ib.

b. Inhalt der Geschäftsführung. Vgl. § 246 Anm. III.

IV. **Vertretungsmacht.** Vgl. § 247.

V. **Widerruf.**

a. **Verhältnis zur Kündigung gemäß dem zu grund liegenden Vertrag.** Vgl. § 231 Anm. Va. Unter welchen Voraussetzungen eine Amtsniederlegung von Aufsichtsratsmitgliedern zulässig ist, vgl. Zitelman in ZHR. 52 61.

b. **Beschränkung oder Ausschließung** des Widerrufs ist für unzulässig zu erachten (§ 231 Anm. Vb).

c. **Widerrufsberechtigter** ist die Generalversammlung. Doch ist für den Beschluß die Erreichung einer Mehrheit von 3/4 des bei der Beschlußfassung vertretenen (d. h. bei der betreffenden Beschlußfassung sachlich mitstimmenden, § 207 Anm. IIc, D. 142, RG. 20 143) Grundkapitals erfordert, soweit nicht die Satzung (§ 182 Anm. I) anderweite (erleichternde oder erschwerende) Bestimmungen enthält.

d. **Vertragsmäßige Vergütung.** Vgl. § 231 Anm. Ve.

Der Anspruch auf vertragsmäßige Vergütung (oben Anm. IIf) bleibt auch bei Aufsichtsratsmitgliedern unberührt durch den Widerruf als solchen, trotzdem dies im Gesetz hier nicht besonders hervorgehoben ist (ebenso M. 141, Behrend § 127 Anm. 28, Rudorff zu Abs. 4 Satz 1, Goldmann Nr. 28; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 8, Ring Nr. 9, Pinner Anm. VIII 4, Keyßner in ZHR. 48 512). Da jedoch in dem Widerruf eine fristlose Kündigung liegt (§ 231 Anm. Va), so fällt der Anspruch auf Vergütung fort, wenn im Einzelfall für den Widerruf die sachlichen Voraussetzungen entweder des § 626 BGB. (wichtiger Grund) oder des § 627 BGB. (keine festen Bezüge) vorliegen (vgl. auch BGB. § 628). Ist nur Gewinnanteil ohne Gewähr für einen Mindestbetrag zugesagt, so sind dies keine „festen Bezüge" (Pinner Anm. VII 2b gegen das bei Hagen in GruchotsBeitr. 42 366 Vorausgesetzte; vgl. HGB. § 64 Anm. Ib). Zulässig ist auch für andere als die obigen gesetzlichen Fälle der vertragliche Ausschluß einer Vergütung nach Widerruf (Rudorff zu Abs. 4 Satz 1); doch liegt kein Grund vor, einen derartigen Vertragswillen als stets vorliegend (so Pinner Anm. VIII 4) anzunehmen.

Gegen vorstehende Ansicht kann nicht den Ausschlag geben, daß abweichend von den Fällen eines Widerrufs bei Prokuristen (§ 52 Abs. 1) und Vorstandsmitgliedern (§ 231 Abs. 3) hier nicht hervorgehoben ist, daß der Widerruf nur „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung" geschehe. Denn in jenen Fällen ist der Zusatz nur zwecks größerer Deutlichkeit hinzugefügt, und hier ist er nicht etwa zu dem Zweck fortgelassen, um dadurch einen sachlichen Unterschied auch äußerlich zu kennzeichnen, sondern nur weil der Vorbehalt selbverständlich sei (M. 141: „den Entschädigungsansprüchen abberufener Mitglieder aus bestehenden Verträgen wird selbstverständlich nicht präjudiziert"). Auch für den Fall einer Abberufung von Liquidatoren ist der Vorbehalt nicht ausdrücklich gemacht, und trotzdem wird allgemein anerkannt (§ 295 Anm. II), daß er dort selbstverständlich sei.

Eine Entscheidung ist auch nicht ableitbar daraus, daß man mit Rücksicht auf die gesetzliche Zulässigkeit jederzeitigen Widerrufs den Vertragswillen der Parteien dahin auslegt, es solle bei Widerruf ein Anspruch auf vertragsmäßige Vergütung für die Zukunft ausgeschlossen sein. Hierin läge ein fehlerhafter Kreisschluß; denn wenn man einen dem Gesetz entsprechenden Vertragswillen voraussetzen will, so muß zunächst unabhängig vom Vertragswillen ermittelt werden, was das Gesetz bestimmt.

Als entscheidend dafür, daß bei Aufsichtsratsmitgliedern der Widerruf auch das Erlöschen von Vertragsansprüchen bewirkt, ist endlich auch nicht § 245 Abs. 2 anzusehen. Der § 245 Abs. 2 ist nicht dahin auszulegen, daß die Gesellschaft einseitig und willkürlich eine versprochene Vergütung mit Wirkung für die Zukunft herabsetzen könne, ohne daß jemals das Aufsichtsratsmitglied demgegenüber weitergehende Ansprüche aus dem früheren Vertrag geltend machen könne (§ 245 Anm. II e). Aber selbst wenn man den § 245 so auslegen wollte, so würde daraus noch nichts für die Auslegung des § 243 folgen, denn in § 245 handelt es sich um Aufstellung einer allgemeinen Regel, der sich künftig alle Aufsichtsratsmitglieder zu unterwerfen haben, während nach § 243 ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied herausgegriffen werden kann; eine für den ersteren Fall getroffene Regelung wäre daher nicht notwendig anwendbar auf den letzteren Fall.

VI. **Niederlegung** des Amts als Aufsichtsratsmitglied. Es gilt Entsprechendes wie bezüglich der Vorstandsmitglieder. Liegt Auftrag vor, so ist mithin BGB. § 671, liegt Dienstvertrag vor, so sind BGB. §§ 626—628, 675, 671 Abs. 2 maßgebend. Über die hieraus sich ergebenden Folgerungen vgl. § 231 Anm. VI. Eine ungerechtfertigte Niederlegung beendet nicht das Vertragsverhältnis (§ 70 Anm. IV a, Staub[8]-Pinner Anm. 10; dagegen Ring Nr. 10) und mithin zunächst auch nicht die strafrechtliche Verantwortung des Aufsichtsratsmitglieds (Bernau IheringsJ. 44 264), kann aber von der AG. angenommen werden (§ 70 Anm. IV a). Die AG. kann bei dieser Annahmeerklärung nur von der Generalversammlung, nicht auch vom Vorstand vertreten werden (Staub[8]-Pinner Anm. 10), da diese Annahme eine freiwillige Abänderung der nur der Generalversammlung zustehenden (oben Anm. II b 1) Bestellung enthält. Die Niederlegungserklärung kann wirksam gegenüber dem Vorstand (KG. 21 XI 04 KGJ. 29 A 100 OLGRspr. 11 398, vgl. RG. 4 XI 90 JW. 91 14[37]) oder gegenüber dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats (RG. 13 50) oder in der Generalversammlung abgegeben werden. Die gerechtfertigte Niederlegungserklärung bringt das Vertragsverhältnis zum Erlöschen; eine Rücknahme der Niederlegung ist daher nur mit Zustimmung der Generalversammlung (oben Anm. II b 1) zulässig (KG. 21 XI 04 KGJ. 29 A 101 OLGRspr. 11 399). — Über Einzelfälle, die als wichtiger Grund für eine Amtsniederlegung angesehen werden können, vgl. § 249 Anm. III, Bernau IheringsJ. 44 252.

§ 244.

Bekanntmachung von Änderungen.

Jede Aenderung in den Personen der Mitglieder des Aufsichtsraths ist von dem Vorstand unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen. Der Vorstand hat die Bekanntmachung zum Handelsregister einzureichen.

ADH. — **Entw. I** § 224. **Entw. II** § 239.

I. **Bekanntmachung.**
a. **Verpflichteter** ist der „Vorstand“ (§ 234 Anm. I c).
b. **Art** der Bekanntmachung. Vgl. § 182 Anm. IV b 7. Eine Eintragung der Aufsichtsratsmitglieder in das Handelsregister erfolgt weder beim ursprünglichen Aufsichtsrat (§ 198), noch bei späteren Änderungen.
c. **Inhalt** der Bekanntmachung. Bekannt zu machen ist jede Änderung in der Person der Mitglieder (vgl. § 234 Anm. I d 1). Bezüglich des ursprünglichen Aufsichtsrats ist Veröffentlichung durch das Registergericht vorgeschrieben (§ 199 Abs. 1 Nr. 4; vgl. auch § 201 Abs. 4). In der Regel wird auch in der Bekanntmachung der Änderungen Name, Stand und Wohnort angegeben werden; doch genügt, da keine bestimmte Form vorgeschrieben ist, auch anderweite deutliche Bezeichnung, insbesondere bezüglich der ausscheidenden Mitglieder (dagegen Esser Anm. 2).
d. **Wirkung.** Die Bekanntmachung hat nur erklärende Wirkung. Das Ausscheiden eines Aufsichtsratsmitglieds wirkt daher auch, ohne daß Bekanntmachung erfolgt (KG. 21 XI 04 KGJ. 29 A 101 OLGRspr. 11 400).

II. **Einreichung.** Die Einreichung hat durch „den Vorstand“ (§ 234 Anm. I c) zu erfolgen. Da keine Ausnahme vorgeschrieben ist, muß gemäß allgemeiner Regel (§ 13 Abs. 1) die Einreichung nicht nur bei dem Registergericht des Sitzes, sondern auch bei den Registergerichten aller anderen Niederlassungen (§ 201 Anm. II) erfolgen (zust. KG. 9 VII 04 EntschFG. 4 217 KGJ. 28 A 47 OLGRspr. 9 243, Staub[s]-Pinner Nr. 4; dagegen Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 4, LG. Essen 30 VII 03 HoldheimsMSchr. 260).

III. **Erzwingung.** Zwar nicht unmittelbar das Bekanntmachen, aber doch das Einreichen kann vom Registergericht durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (§ 14). Daher mittelbar wohl auch ersteres (vgl. § 265 Anm. III); denn Voraussetzung der Einreichungspflicht ist wohl nicht das Vorhandensein einer Bekanntmachung, sondern das Vorhandensein einer Änderung in den Personen der Mitglieder des Aufsichtsrats.

§ 245.

Vergütung für Tätigkeit.

Erhalten die Mitglieder des Aufsichtsraths für ihre Thätigkeit eine Vergütung, die in einem Antheil am Jahresgewinne besteht, so ist der Antheil von dem Reingewinne zu berechnen, welcher nach Vornahme sämmtlicher Abschreibungen und Rücklagen sowie nach Abzug eines für die Aktionäre bestimmten Betrags von mindestens vier vom Hundert des eingezahlten Grundkapitals verbleibt.

Ist die den Mitgliedern des Aufsichtsraths zukommende Vergütung im Gesellschaftsvertrage festgesetzt, so kann eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags, durch welche die Vergütung herabgesetzt wird, von der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden.

Den Mitgliedern des ersten Aufsichtsraths kann eine Vergütung für ihre Thätigkeit nur durch einen Beschluß der Generalversammlung bewilligt werden. Der Beschluß kann nicht früher als in derjenigen Generalversammlung gefaßt werden, mit deren Beendigung die Zeit, für welche der erste Aufsichtsrath gewählt ist, abläuft.

ADH. Art. 224 (192). **Entw. I** § 225. **Entw. II** § 240.

I. **Gewährung und Berechnung eines Gewinnanteils.** Vgl. § 237 Anm. I, II. Bezüglich des für die Aktionäre bestimmten Abzugs ist in § 245 Abs. 1 nur ein Mindestanteil zwingend angegeben. Durch Satzungsbestimmung kann auch ein höherer Anteil festgesetzt werden. Bezüglich der im Lauf des Geschäftsjahrs geleisteten Einzahlungen ist auch hier die in § 214

Abs. 1 vorgesehene Berechnungsart (§ 214 Anm. IV b) für maßgebend zu erachten. Abzuziehen ist ein „für die Aktionäre bestimmter Betrag", d. h. ein Betrag, dessen Verteilung unter die Aktionäre beschlossen ist. Wenn demnächst die Verteilung tatsächlich nicht erfolgt, z. B. weil der Berechtigte sich nicht meldet, so erhöht sich dadurch nicht nachträglich der den Aufsichtsratsmitgliedern für jenes frühere Jahr zukommende Betrag.

II. **Festsetzung der Vergütung durch Satzungsbestimmung.**

a. **Verhältnis der Satzungsbestimmung zum Vertrag.** Das Aufsichtsratsmitglied steht im Vertragsverhältnis zur Gesellschaft (§ 243 Anm. II e). Hält man die Ansicht (§ 243 Anm. II e) für zutreffend, daß bei Abschluß des Vertrags die Generalversammlung, nicht der Vorstand, die AG. vertritt, so kann man weiter annehmen, daß die Generalversammlung nur ermächtigt sei, einen der Satzung entsprechenden Vertrag zu schließen, daß daher eine gegen die Satzung verstoßende Vertragsbestimmung unverbindlich für die Gesellschaft sei. Wenn man hiervon ausgeht, ist erklärlich, daß in § 245 Abs. 2 allein auf die Satzungsbestimmung, nicht auch auf den Vertrag Gewicht gelegt ist. Allerdings wird die Ansicht vertreten, daß mangels einer ausdrücklichen Satzungsbestimmung überhaupt keine Vergütung an Aufsichtsratsmitglieder gewährt werden dürfe (§ 243 Anm. II f), es sei denn durch (doch auch nur für die Zukunft wirkende!) Satzungsänderung (Esser Anm. 6); im Gesetz ist jedoch eine derartige Beschränkung nicht enthalten (Ring Nr. 1, Behrend § 127 IV, Pinner Anm. I 1).

b. „Ist die . . . Vergütung **im Gesellschaftsvertrag festgesetzt**". Hiernach erkennt § 245 Abs. 2 ein Herabsetzungsrecht der Generalversammlung nur für den Fall an, daß in der Satzung eine Bestimmung über die Vergütung enthalten ist. Die Vorschrift ist indessen entsprechend auch auf den Fall anzuwenden, daß die Satzung keine hierauf bezügliche Bestimmung enthält und eine solche erst neu aufgenommen werden soll (vgl. § 196 Anm. III b 3; zust. Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 13; dagegen Staub⁸-Pinner Anm. 4); denn auch hierin liegt ein Beschränken durch Satzungsänderung.

c. **Vergütung.** Die Abs. 2 und 3 sind nicht wie Abs. 1 auf den Fall einer Zusage von Gewinnanteilen beschränkt. Unter Vergütung ist jede Art Gegenleistung zu verstehen. Unter Umständen wird allerdings schwer zu trennen sein, welcher Teil der Gegenleistung eine Vergütung für die Dienste als Aufsichtsratsmitglied, welcher Teil ein Entgelt für andere Leistungen ist. So z. B., wenn jemand sein Unternehmen an eine AG. verkauft und sich verpflichtet, für eine Reihe von Jahren in deren Aufsichtsrat zu treten (Pinner Anm. I 1 nimmt — wohl unzutreffend — an, daß in diesem Fall keine Vergütung gewährt werde).

d. **Beschluß, die in der Satzung festgesetzte Vergütung herabzusetzen.** Dieser Beschluß enthält eine Satzungsänderung. Trotzdem (als Ausnahme von § 275 Abs. 1) fordert für ihn § 245 Abs. 2 nur einfache Stimmenmehrheit (§ 251). Die allgemeinen Voraussetzungen für jede Beschlußfassung auf Generalversammlungen (§ 256) bleiben jedoch auch für den Fall des § 245 Abs. 2 bestehen. — Ein Beschluß auf Erhöhung der in der Satzung bestimmten Vergütung unterliegt den gewöhnlichen Bestimmungen über Satzungsänderung.

c. **Wirkung des Beschlusses.** Hierüber ist auffälliger Weise nichts im § 245 Abs. 2 gesagt. Ziemlich sicher ist wohl, daß ein derartiger Beschluß nicht nachträglich den Aufsichtsratsmitgliedern diejenigen Ansprüche entziehen kann, für die sie bereits die volle Gegenleistung gewährt haben (ebenso Pinner Anm. IV, Esser Anm. 3, Pemsel in HoldheimsMSchr. 98 241). Die Aufsichtsratsmitglieder behalten daher für die Vergangenheit einschließlich des (nach Verhältnis der Zeit in Anrechnung kommenden) bereits abgelaufenen Teils des laufenden Geschäftsjahrs den Anspruch auf die höhere Vergütung. Für die Zukunft könnte es an sich zweifelhaft sein, ob die geänderte Satzungsbestimmung nur für Schließung neuer Verträge (z. B. bei Neuwahlen oder Wiederwahlen) grundlegend sein, oder ob sie auch in die bestehenden Verträge eingreifen soll, so daß von dem Augenblick der Eintragung des Beschlusses (§ 277 Abs. 3) das Aufsichtsratsmitglied nur die geringere Vergütung beziehen darf. Beabsichtigt war wohl das letztere, denn die in das Gesetz übergegangene Bestimmung wurde vorgeschlagen, weil es nicht zweckmäßig sei, die Vergütung im

voraus (auf höchstens etwa 5 Jahre) durch Generalversammlungsbeschluß festzulegen (StenB. 94), was nach der Fassung der Reichstagskommission (KB. 76) erforderlich gewesen wäre. Da aber andererseits im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen ist, daß durch den Satzungsänderungsbeschluß der Gesellschaft die Rechte der Aufsichtsratsmitglieder aus bestehenden Verträgen einseitig ohne Ersatzpflicht aufgehoben werden dürfen (ebenso Rudorff zu Abs. 2: dagegen Pinner Anm. IV), so ist für das Vertragsverhältnis der Gesellschaft zu den Aufsichtsratsmitgliedern der dem betreffenden Vertragsverhältnis widersprechende Beschluß, die Vergütung herabzusetzen, aufzufassen als ein Widerruf der bisherigen Bestellung (§ 243 Abs. 4) verbunden mit einer Neuwahl unter Angebot veränderter Vertragsbedingungen (dagegen Pinner Anm. IV, Ring Nr. 3, die in dem Herabsetzungsbeschluß einen wichtigen Grund sehen, der das Aufsichtsratsmitglied in der Regel berechtigt, seinerseits den Vertrag zu lösen, und Goldmann Nr. 13, Staub⁸-Pinner Anm. 4, die einen wichtigen Grund zur Lösung nur unter besonderen Umständen als gegeben erachten). Unterwerfen sich die Aufsichtsratsmitglieder den neuen Bedingungen, indem sie ihr Amt fortführen, so liegt darin ein Verzicht auf die Ansprüche aus dem früheren Vertrag. Führen sie dagegen unter den veränderten Bedingungen ihr Amt nicht weiter, so ist nach den für den Widerruf maßgebenden Bestimmungen zu beurteilen, ob im Einzelfall ihnen ein Anspruch auf vertragsmäßige Vergütung auch für die Zukunft zusteht.

III. **Vergütung für die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats.**

a. **Beschluß der Generalversammlung.** Ergeht kein entsprechender Generalversammlungsbeschluß, so haben die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats keinen Anspruch, überhaupt eine Vergütung zu erhalten. Der § 315 BGB. ist nicht anwendbar, da die Gewährung einer Vergütung in die Willkür der Generalversammlung gestellt ist, und zwar sogar die Gewährung überhaupt, nicht nur das Maß des zu Gewährenden.

b. **Zeit der Beschlußfassung.** Die Wahl des ersten Aufsichtsrats gilt für die Zeit bis zur Beendigung der ersten Generalversammlung, die nach dem Ablauf eines Jahres seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zur Beschlußfassung über die Jahresbilanz abgehalten wird (§ 243 Abs. 2). Frühestens in dieser Generalversammlung kann die Bewilligung ausgesprochen werden. Eine frühere Bewilligung ist nichtig („kann", BGB. § 134, KB. 21). Ob eine früher tatsächlich ausgezahlte Vergütung zurückgefordert werden kann, ist nach den Regeln über Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu entscheiden (BGB. §§ 812ff., 817).

IV. **Stempelabgabe.** Bei Aufstellung der Jahresbilanz einer AG., KAG. oder GmbH. ist eine besondere Aufstellung anzufertigen, aus der zu ersehen ist die Summe der gesamten Vergütungen (Gewinnanteile, Tantiemen, Gehälter, Tagegelder soweit über 50 Mk. täglich, Reisegelder soweit bare Auslagen übersteigend, usw.), die den zur Überwachung der Geschäftsführung bestimmten Personen (Mitgliedern des Aufsichtsrats) seit der letzten Bilanzaufstellung gewährt sind; von dem Betrag der Vergütungen ist, wenn der Gesamtbetrag aller Vergütungen 5000 Mk. übersteigt, eine Stempelabgabe von 8% zu entrichten, soweit diese Abgabe aus der Hälfte des 5000 Mk. übersteigenden Betrags gedeckt werden kann (RStempG. 3 VI 06 RGBl. 695 §§ 63 bis 66, Tarif Nr. 9).

§ 246.

Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats.

Der Aufsichtsrath hat die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen und sich zu dem Zwecke von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten. Er kann jederzeit über diese Angelegenheiten Berichterstattung von dem Vorstande verlangen und selbst oder durch einzelne von ihm zu bestimmende Mitglieder die Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen sowie den Bestand der Gesellschaftskasse und die Bestände an Werthpapieren und Waaren untersuchen. Er hat die Jahresrechnungen, die

Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und darüber der Generalversammlung Bericht zu erstatten.

Er hat eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.

Weitere Obliegenheiten des Aufsichtsraths werden durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt.

Die Mitglieder des Aufsichtsraths können die Ausübung ihrer Obliegenheiten nicht Anderen übertragen.

ADH. Art. 225. **Entw. I** § 225. **Entw. II** § 241.

I. Recht und Pflicht.
II. Berechtigter.
III. Inhalt der Geschäftsführung.
a. Gesetzlicher Inhalt.
1. Überwachung fremder Verwaltung.
2. Eigene Mitwirkung.
b. Satzungsmäßiger Inhalt.
IV. Unübertragbarkeit.

I. **Recht und Pflicht.** Soweit nach § 246 dem Aufsichtsrat ein Recht zusteht, hat er auch die Pflicht, es auszuüben (KB. 21), soweit die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns (§ 249 Abs. 1) dies erfordert. Hierbei besteht noch der Unterschied, daß die in Satz 1 und 3 genannte Tätigkeit (unten Anm. III a 1 α, β, ζ) jedenfalls vorgenommen werden muß und nur deren Umfang dem pflichtmäßigen Ermessen überlassen bleibt („hat"), während bezüglich der in Satz 2 genannten Tätigkeit (unten Anm. III a 1 γ-ε) auch die Frage, ob sie überhaupt vorgenommen werden soll, pflichtmäßig zu erwägen ist („kann"). Diejenigen Aufsichtsratsmitglieder, welche die ihnen obliegenden Pflichten verletzen, haften gemäß § 249 Abs. 2, 3.

II. **Berechtigter** ist „der Aufsichtsrat", also die Behörde, nicht etwa jedes einzelne Mitglied (OLG. Hamburg 21 II 02 OLGRspr. 4 469, RG. 12 X 05 EntschJG. 6 192). Doch kann der Aufsichtsrat ein einzelnes seiner Mitglieder oder einen Unterausschuß mit der Ausübung der Überwachungs- und Nachprüfungstätigkeit auf bestimmten Gebieten beauftragen und hierzu ermächtigen. Für einen einzelnen Anwendungsfall ist dies in § 246 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich hervorgehoben; aber auch in anderen Fällen, in denen es sich nur um Einsichtnahme und Prüfung handelt, ist es zulässig (KB. 22, M. 150). Durch eine derartige Beauftragung einzelner werden aber die übrigen Mitglieder nicht vollständig frei von Verantwortung nach außen (vgl. § 239 Anm. II a; anders Hagen in GruchotsBeitr. 42 337).

III. **Inhalt der Geschäftsführung.** Über die Form der Geschäftsführung vgl. § 243 Anm. III a.

a. **Gesetzlicher** Inhalt **(§ 246 Abs. 1, 2).**

1. **Überwachung der Verwaltung anderer.** (Vgl. KO. § 88 über entsprechende Rechte des Gläubigerausschusses.) In der gesetzlichen Stellung des Aufsichtsrats ist die Überwachungstätigkeit die überwiegende (RG. 3 129). Der § 246 Abs. 1 spricht den Grundsatz aus und hebt zugleich die wesentlichen Einzelmaßnahmen hervor, die diesem Zweck dienen sollen. Betreffs Überwachung der Liquidatoren vgl. § 298 Abs. 2. — Über die Erzwingung der erforderlichen Maßnahmen durch Verhängung von Ordnungsstrafen gegen die Mitglieder des Vorstands oder die Liquidatoren seitens des Registergerichts vgl. § 319 Abs. 1.

α. Überwachung der Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung. Geschäftsführung der „Gesellschaft" ist sowohl diejenige des Vorstands wie auch diejenige der untergeordneten Gesellschaftsbeamten, -bediensteten und -beauftragten. (Der Art. 225 ADH. erwähnte nur ein Überwachen „des Vorstands".) Die Überwachung soll die denkbar umfangreichste sein, sie soll sich auf alle Zweige der Verwaltung erstrecken. Zur Überwachung gehört namentlich auch das etwa erforderliche Einschreiten; so insbesondere, wenn eine der in § 241 Abs. 3 aufgeführten Handlungen vorgenommen wird (§ 249 Abs. 3). Undurchführbar und daher nicht verlangt ist jedoch die Überwachung jeder einzelnen Handlung der Vorstandsmitglieder oder sonstigen Gesellschaftsbeamten, vielmehr besteht eine Pflicht nur zur Überwachung der Art der Geschäftsführung im allgemeinen (Rießer in Festg. f. Koch 304).

β. Sich Unterrichten vom Gang der Angelegenheiten der Gesellschaft zum Zweck der Überwachung. Vgl. § 118 Anm. IIb. Durch die Worte „zu dem Zwecke" sollte klargestellt werden, daß das Sich-Unterrichten nur in demjenigen Umfang zu geschehen brauche, der für den Zweck der Überwachung erforderlich sei, daß nicht ein Kenntnisnehmen von jeder Einzelheit zu den Pflichten des Aufsichtsrats gehöre (KB. 21).

γ. Jederzeitige Zulässigkeit des Verlangens einer Berichterstattung des Vorstands über die Angelegenheiten der Gesellschaft. Das Verlangen ist an „den Vorstand" zu richten und von diesem als Behörde zu erfüllen. Unter „Berichterstattung" ist etwas Ausführlicheres verstanden als eine kurze Auskunft; das letztere ist jedoch gegenüber dem ersteren nur etwas minderes, nichts anderes. In der Regel wird der Aufsichtsrat nur über bestimmte einzelne Angelegenheiten Berichterstattung verlangen. Daß die Berichterstattung stets schriftlich sein müsse, ist nicht bestimmt: doch wird der Aufsichtsrat im Einzelfall dies vorschreiben können. Das „jederzeit" soll nur ausdrücken, daß der Aufsichtsrat nicht an Einhaltung bestimmter Fristen sich zu binden braucht; auch dies Recht darf indessen nicht weiter ausgedehnt werden, als es für eine wirksame Überwachung erforderlich ist. Nur in dringlichen Fällen (nach Ring Nr. 3 überhaupt nicht) darf den Vorstandsmitgliedern eine Tätigkeit außerhalb der Geschäftsstunden aus diesem Anlaß zugemutet werden (Küntzel 41, Goldmann Nr. 7, Staub[8]-Pinner Anm. 5). Dagegen darf der Aufsichtsrat fordern, daß die Berichterstattung vor allen anderen Geschäften erfolgt (abw. Staub[8]-Pinner Anm. 5, Küntzel 41), da sonst der Vorstand in der Hand hätte, durch Erklärung, daß andere Geschäfte zu erledigen seien, die Berichterstattung zu verzögern. — Auch ohne besonderes Verlangen muß der Vorstand nach Abschluß jedes Geschäftsjahrs dem Aufsichtsrat eine Bilanz, eine Gewinn- und Verlustrechnung sowie einen den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft entwickelnden Bericht vorlegen (§ 260 Abs. 2).

δ. Einsehen der Bücher und Schriften der Gesellschaft. Vgl. § 118 Anm. IIc. Der Aufsichtsrat darf zwar einen geeigneten Bücherrevisor zuziehen (M. 150, OLG. Karlsruhe 2 V 90 HoldheimsMSchr. 92 58, OLG. Hamburg 17 III 91 ZHR. 40 476); dagegen braucht der Vorstand sich nicht die vollständige Übertragung des Einsichtsrechts an einen Dritten gefallen zu lassen (vgl. auch § 246 Abs. 4). Über das Einsichtsrecht von Revisoren vgl. § 267.

ε. Untersuchen des Bestands der Gesellschaftskasse und der Bestände an Wertpapieren und Waren. Vgl. oben zu δ. Wertpapiere vgl. § 1 Anm. IXe, § 179 Anm. IVb. Waren vgl. § 1 Anm. IXd. Das Untersuchungsrecht beschränkt sich nicht auf die (hier nur als wichtige Beispiele genannten) Wertpapiere und Waren, erstreckt sich vielmehr auf alle Vermögensgegenstände der Gesellschaft, z. B. auch auf Gebäude und Betriebsanlagen.

ζ. Prüfung der Jahresrechnungen, Bilanzen und Vorschläge zur Gewinnverteilung. Unter Jahresrechnungen sind die Aufstellungen und Abschlüsse zu verstehen, die gelegentlich Feststellung der Jahresbilanz und zu deren Vorbereitung gemacht werden. Hierunter fällt insbesondere auch die Gewinn- und Verlustrechnung (§ 260 Anm. Vb). Esser Anm. 5 will unter Jahresrechnungen die Gewinn- und Verlustrechnungen allein verstanden wissen; dagegen Rehm § 182 II A c. Die Prüfung aller etwa gezogenen Bilanzen, nicht etwa nur der gesetzlich erforderlichen Jahresbilanz, ist vorgeschrieben. Zu prüfen sind die Übereinstimmung der Bilanz mit den Büchern und dem Inventar, sowie die Grundsätze, nach denen die Bilanz aufgestellt ist (Simon § 45 Anm. 24), insbesondere auch die einzelnen Wertansätze (KB. 90). Keine Jahresrechnung ist das Inventar; die Prüfung der Übereinstimmung des Inventars mit den wirklich vorhandenen Beständen fällt daher unter § 246 Abs. 1 Satz 2 (oben zu ε), nicht Satz 3 (Simon § 45 Anm. 24; dagegen Rehm § 182 II A 1). Über das weitere Verfahren betreffs Jahresbilanz und Gewinnverteilung vgl. § 260.

2. **Eigene Mitwirkung bei der Verwaltung.** Über die Wirksamkeit des Erfordernisses der Zustimmung des Aufsichtsrats für das Verhältnis der Gesellschaft zu den Vorstandsmitgliedern und für das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten vgl. § 235.

α. Berichterstattung an Generalversammlung betreffs Jahresrechnungen, Bilanzen und Vorschläge zur Gewinnverteilung (§ 246 Abs. 1 Satz 3) sowie Abfassung von Bemerkungen zum Entwurf der Jahresbilanz, zur Gewinn- und Verlustrechnung und zum Geschäftsbericht (§ 260 Abs. 2; vgl. §§ 263 Abs. 2, 265 Abs. 2). Der in § 246 erwähnte „Bericht" des Aufsichtsrats ist wohl nicht dasselbe wie die in §§ 260, 263, 265 erwähnten „Bemerkungen" (ebenso Pinner § 260 Anm. VII). Der „Bericht" kann nach dem Ermessen des Aufsichtsrats mündlich oder schriftlich sein; die „Bemerkungen" müssen schriftlich sein. Der „Bericht" bezieht sich auf alle Jahresrechnungen, alle Bilanzen (oben Anm. IIIa 1 ζ) und auf die Vorschläge zur Gewinnverteilung (§ 260 Anm. III), die „Bemerkungen" betreffen nur die Gewinn- und Verlustrechnung (§ 260 Anm. Vb), nur den Entwurf der Jahresbilanz (§ 260 Anm. IIa), garnicht die Vorschläge zur Gewinnverteilung, dagegen außerdem auch den Geschäftsbericht (§ 260 Anm. Vc).

β. Berufung einer Generalversammlung, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich (§ 246 Abs. 2), oder (unter gewissen Voraussetzungen) auf Verlangen von Aktionären (§ 254 Anm. III). Unter den gleichen Voraussetzungen ist auch der Vorstand zur Berufung verpflichtet (§§ 253 Abs. 2, 254). Kommt dieser der ihm obliegenden Verpflichtung nach, so braucht nicht außerdem auch der Aufsichtsrat zu berufen. In dem Recht, zu berufen, liegt auch das Recht der Festsetzung einer Tagesordnung bei Berufung (vgl. § 256). — Das Berufungsrecht des Aufsichtsrats kann nicht durch Satzungsbestimmung eingeschränkt werden; unwirksam ist daher z. B. eine Satzungsbestimmung, wonach der Aufsichtsrat nur berufen darf, wenn der Vorstand binnen bestimmter Frist nicht der Aufforderung des Aufsichtsrats, zu berufen, nachkommt (Kahn in HoldheimsMSchr. **99** 133).

γ. Prüfung und Berichterstattung betreffs Hergang der Gründung §§ 192, 193). Diese Pflicht liegt allerdings nicht dem Aufsichtsrat als Behörde, sondern den einzelnen Mitgliedern ob (§ 192 Anm. I).

δ. Anmeldung der Gesellschaft zur erstmaligen Eintragung bei dem Gericht des Sitzes (§ 195). Mitwirkende sind die einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrats.

ε. Berichterstattung in der errichtenden Generalversammlung (§ 196 Abs. 3).

ζ. Berichterstattung bei Nachgründungen (§ 207 Abs. 2).

η. Zustimmung zur Übertragung von Kleinaktien, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft ist (§ 222 Abs. 4).

ϑ. Anordnung betreffs Vertretungsmacht von Vorstandsmitgliedern (§ 232 Abs. 2 Satz 2).

ι. Erteilung der Einwilligung zu Sondergeschäften der Vorstandsmitglieder, falls letztere vom Aufsichtsrat bestellt werden (§ 236 Abs. 1 Satz 2). — Für die KAG. vgl. § 326 Abs. 1.

κ. Zustimmung zur Bestellung eines Prokuristen (§ 238).

λ. Vertretung der Gesellschaft bei Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern und Führung von Rechtsstreitigkeiten gegen letztere (§ 247). — Für die KAG. vgl. § 328 Abs. 3.

μ. Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu Stellvertretern von Vorstandsmitgliedern (§ 248).

ν. Recht jedes Mitglieds des Aufsichtsrats zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses, wenn der Beschluß eine Maßregel zum

Gegenstand hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft haftbar machen würden (§ 271 Abs. 4).

ξ. Vertretung der Gesellschaft im Anfechtungsrechtsstreit (§ 272 Abs. 1).

ο. Vornahme von Fassungsänderungen der Satzung kraft Ermächtigung durch die Generalversammlung (§ 274 Abs. 1).

π. Anmeldung eines Beschlusses über Erhöhung und der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals zum Handelsregister (§§ 280, 284). Mitwirkende sind die einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrats.

ρ. Antrag auf Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren (§ 295 Abs. 2, 3).

σ. Klage auf Nichtigkeit der Gesellschaft (§ 309). Berechtigt zur Anstellung der Klage ist jedes Mitglied.

τ. Bei der KAG.: Ausführung der Beschlüsse der Kommanditisten und Vertretung der letzteren in Rechtsstreitigkeiten (§ 328).

b. **Satzungsmäßiger Inhalt (§ 246 Abs. 3).** Die Satzung (§ 182 Anm. I) kann nicht die gesetzlichen Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats beschränken; dagegen ist eine Erweiterung der Obliegenheiten (und der entsprechenden Rechte) des Aufsichtsrats zulässig („weitere“, vgl. auch D. 143), wenn auch nicht notwendig (KGJ. 15 55). Da die weiteren Obliegenheiten „durch den Gesellschaftsvertrag“ zu bestimmen sind, so wird wohl gefolgert werden müssen, daß eine Zuweisung von Obliegenheiten durch einfachen Generalversammlungsbeschluß nicht wirksam erfolgen kann, und daß mithin (§ 182 Anm. IVa) auch die in der Satzung etwa enthaltene Bezugnahme auf eine von der Generalversammlung zu beschließende Dienstanweisung wirkungslos ist (dagegen KGJ. 15 56). — Dem Aufsichtsrat kann — von bestimmten gesetzlichen Ausnahmen abgesehen — nicht durch die Satzung übertragen werden, eine Vorschrift zu erlassen, die nach dem Gesetz nur durch Satzungsbestimmung getroffen werden kann (§ 182 Anm. IVa). In der Regel wird dem Aufsichtsrat in der Satzung die Bestellung der Vorstandsmitglieder (§ 231 Anm. IIa) übertragen. Über die Zulässigkeit einer allgemeinen Bindung der Vorstandsmitglieder an die Weisungen des Aufsichtsrats vgl. § 235 Anm. II.

IV. **Unübertragbarkeit (§ 246 Abs. 4).** Der § 246 Abs. 4 erwähnt zwar ausdrücklich nur die „Obliegenheiten“, meint aber Pflichten und Rechte. Er erwähnt nur Obliegenheiten der „Mitglieder des Aufsichtsrats“. Da mit wenigen Ausnahmen (oben Anm. IIIa 2 γ, δ, ν, π, σ) die einzelnen Mitglieder als solche nur im Innern des Aufsichtsrats mitzuwirken, nicht aber als einzelne die Überwachungsrechte gegenüber dem Vorstand auszuüben haben (oben Anm. II), so bezieht sich § 246 Abs. 4 unmittelbar ausschließlich auf ganz andere Obliegenheiten als die Absätze 1—3, nämlich im wesentlichen nur auf die Teilnahme an den Aufsichtsratssitzungen und Mitwirkung in ihnen. Auch die Übertragung der Obliegenheit eines Aufsichtsratsmitglieds (z. B. Ausübung des Stimmrechts in der Aufsichtsratssitzung, M. 150) an ein anderes Aufsichtsratsmitglied ist unzulässig (Pinner Anm. III). Dasselbe, was § 246 Abs. 4 bezüglich der Aufsichtsratsmitglieder ausdrücklich bestimmt, gilt aber selbst ohne ausdrückliche Anerkennung im Gesetz auch von dem Aufsichtsrat als Behörde; auch die Behörde kann in der Regel ihre Obliegenheiten weder Dritten noch einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern wirksam übertragen. Zulässig ist jedoch, daß der Aufsichtsrat einzelne seiner Mitglieder oder einen Unterausschuß zur Vornahme bestimmter Überwachungs- und Prüfungshandlungen beauftragt (oben Anm. II). Über die Frage, inwieweit der Aufsichtsrat bei Ausübung der Einsichts- und Untersuchungsrechte geeignete Hilfspersonen zuziehen darf, vgl. oben Anm. IIIa 1 δ. Über Stellvertretung bei Anmeldungen und bei Abgabe der hierzu gehörigen Erklärungen vgl. § 12 Anm. IIb 1; in dieser Beziehung gilt für den Aufsichtsrat nichts anderes als für andere Anmeldende oder Erklärende.

§ 247.

Vertretungsmacht.

Der Aufsichtsrath ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten und gegen die letzteren die von der Generalversammlung beschlossenen Rechtsstreitigkeiten zu führen.

Handelt es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsraths, so kann dieser ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung gegen die Mitglieder des Vorstandes klagen.

ADH. Art. 223 Abs. 3 (194). **Entw. I** § 227. **Entw. II** § 242.

I. **Ermächtigung des Aufsichtsrats.**

a. **„Befugt".** Vgl. § 235 Anm. I a. Bei dem Aufsichtsrat reicht nach gesetzlicher Regel die nach außen bestehende Ermächtigung zur Vertretung nicht weiter als die im inneren Verhältnis bestehende Befugnis zur Vertretung; auch § 247 Abs. 2 bildet keine Ausnahme, da es auf das innere Verhältnis des Aufsichtsrats zur Gesellschaft, nicht zur Generalversammlung ankommt. Wird aber die gesetzliche Vertretungsbefugnis durch Satzungsbestimmung oder Generalversammlungsbeschluß eingeschränkt (vgl. z. B. § 248 Anm. II a), so bleibt die gesetzliche Vertretungsmacht dennoch uneingeschränkt bestehen. Der § 247 gibt zugleich die Grenzen für das Verhältnis nach innen an, trotzdem er in erster Reihe wohl als eine Festlegung des Verhältnisses nach außen gemeint ist. Daß der § 247 in der Tat vorwiegend auf das Verhältnis nach außen zu beziehen ist, ergibt sich z. B. daraus, daß andernfalls wohl nicht nur die „Befugnis" sondern auch die Pflicht (vgl. § 268) zur Führung der von der Generalversammlung beschlossenen Rechtsstreite ausgesprochen sein würde (KB. 79). Andererseits wäre die Hervorhebung, daß in den Fällen des Abs. 2 auch ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung geklagt werden könne, überflüssig, wenn nicht zugleich auch das Verhältnis nach innen in Betracht gezogen wäre.

b. **„Der Aufsichtsrat"** (Abs. 2: „dieser") ist ermächtigt. Da das Gesetz keine Bestimmung enthält, wonach einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats nach außen namens des letzteren auftreten könnten, so muß — mangels hierauf bezüglicher Satzungsbestimmung — für ein Auftreten nach außen, z. B. auch gegenüber dem Registergericht und gegenüber Vorstandsmitgliedern (KG. 12 X 05 EntschFG. 6 192), ein Mitwirken aller Mitglieder des Aufsichtsrats als Gesamtvertreter gefordert werden (ebenso RG. 23 XII 03 JW. **04** 100[30], KG. 12 X 05 EntschFG. **6** 192; anders Pinner Anm. I), wie dies entsprechend auch für den Vorstand als Regel gilt (§ 232 Abs. 1 Satz 1). Ist die Ansicht zutreffend, daß im Verhältnis der inneren Geschäftsführung des Aufsichtsrats ein abweichender Grundsatz gilt (§ 243 Anm. III a), so ergibt sich, daß z. B. für die Fassung eines Beschlusses des Aufsichtsrats auf Anstellung einer Klage gegen Vorstandsmitglieder die Mitwirkung von weniger Personen erforderlich ist als für die demnächstige tatsächliche Anstellung der Klage (zust. KG. 12 X 05 EntschFG. **6** 193). Im inneren Verhältnis sind aber diejenigen Aufsichtsratsmitglieder, die bei dem Beschluß nicht mitgewirkt haben oder überstimmt worden sind, dennoch zur Mitwirkung bei Durchführung des Beschlusses verpflichtet, und ein Unterlassen dieser Mitwirkung wird in der Regel eine Verletzung ihrer Obliegenheiten (§ 249 Abs. 2) enthalten. — Die Ansicht von Hagen in GruchotsBeitr. 42 344, daß im Fall des Abs. 2 jedes einzelne Mitglied klagen könne, erscheint irrig. — Einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats können in dessen Namen nur auf Grund einer Vollmacht des Aufsichtsrats nach außen handeln (RG. 23 XII 03 JW. **04** 100[30]). — Ob durch Ausscheiden oder Nichtmitwirken einzelner Aufsichtsratsmitglieder der Aufsichtsrat seine Vertretungsmacht verliert, vgl. § 243 Anm. II a, III a.

c. **Nicht ausschließlich** der Aufsichtsrat ist zur Vertretung der Gesellschaft in den Beziehungen, die § 247 hervorhebt, ermächtigt. Falls der Vorstand trotz Beachtung des § 181 BGB. (BGB. § 34 kommt nur für die Geschäftsführung, nicht für die Vertretungsmacht in

Betracht; HGB. § 231 Anm. III a) vertretungsmächtig bleibt (vgl. § 48 Anm. IV c, § 125 Anm. III b 1), kann auch der **Vorstand** die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern vertreten (§ 235 Anm. III c 2), sowohl bei Rechtsgeschäften (ebenso Staub^s-Pinner Anm. 1; dagegen Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 1) wie auch bei der Führung von Rechtsstreiten (dagegen Goldmann Nr. 2). Auch die Vertretungsmacht etwa vorhandener Prokuristen erstreckt sich auf die Vertretung der AG. gegenüber Vorstandsmitgliedern. Ferner können **besondere** Vertreter zur Führung eines Rechtsstreits gegen Vorstandsmitglieder gewählt werden. Im Fall einer Wahl der Vertreter durch die **Generalversammlung** wird hierdurch — wie wohl anzunehmen sein wird — bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 247 Abs. 2 dem Aufsichtsrat nicht das Recht entzogen, auch **seinerseits** namens der Gesellschaft zu klagen (§ 268 Anm. IV a). Anders bei Bestellung besonderer Vertreter durch das **Gericht** (§ 268 Anm. IV b 6). — Sind mehrere Gruppen von Vertretungsberechtigten vorhanden, so gilt das Gleiche wie bei dem Vorhandensein mehrerer einzelvertretungsberechtigten Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft; wird seitens **einer** Vertretergruppe die Klage namens der Gesellschaft angestellt, so tritt Rechtshängigkeit ein auch soweit die Gesellschaft von **anderen** Vertretergruppen vertreten werden kann; treten in **demselben** Rechtsstreit **mehrere** Vertretergruppen auf, so ist zu verfahren, als wenn notwendige Streitgenossenschaft vorläge (§ 124 Anm. II c 2).

II. **Vornahme von Rechtsgeschäften mit Vorstandsmitgliedern.** [Neu aufgenommen im Anschluß an GenG. § 39; D. 143.] Vor allem ist gedacht an die Vertretung der Gesellschaft bei Abschluß des Anstellungsvertrags mit den Vorstandsmitgliedern (obgleich diese zu dieser Zeit in der Regel noch nicht Vorstandsmitglieder sind) und den sich aus diesem Vertragsverhältnis weiter ergebenden Rechtsgeschäften, z. B. Kündigung oder Entgegennahme einer Kündigung. Die Beilegung der Vertretungsmacht an den Aufsichtsrat schließt wohl nicht aus, daß gleichzeitig auch der **Generalversammlung** eine hierauf bezügliche Vertretungsmacht zusteht (§ 250 Anm. IV c 3); doch kann letzteres durch Satzungsbestimmung ausgeschlossen werden. Über die Frage, ob der Aufsichtsrat zum Widerruf der Bestellung von Vorstandsmitgliedern ermächtigt ist, vgl. § 231 Anm. V c. — Der **bestimmte** Artikel („den Vorstandsmitgliedern") soll nicht die Bedeutung haben, daß **alle** Vorstandsmitglieder bei dem betreffenden Rechtsgeschäft beteiligt sein müssen. — Die Ansicht Rudorffs, daß die Generalversammlung auch behufs Vornahme von **Rechtsgeschäften** mit Vorstandsmitgliedern (nicht nur für einen **Rechtsstreit** gemäß § 268) besondere Vertreter bestellen könne, ist wohl — außer bei hierauf bezüglicher Satzungsbestimmung (BGB. § 30) — **nicht** zu billigen (vgl. jedoch D. 139, wonach Art. 235 ADH. nur als **überflüssig** fortgelassen), da — von besonderen im Gesetz angegebenen Ausnahmen abgesehen — die Generalversammlung nicht die Zuständigkeiten anderer Vereinsbehörden aufheben kann (vgl. BGB. § 32). — Eine Rechtshandlung des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstandsmitglied erfolgt nicht bereits durch die Beschlußfassung im Schoß des Aufsichtsrats, sondern erst durch die Abgabe der entsprechenden Erklärung nach außen (RG. 12 X 05 EntschZG. 6 193).

III. **Führung von Rechtsstreitigkeiten gegen Vorstandsmitglieder.** Da das Vorliegen eines der nachstehend unter a, b und c aufgeführten Fälle Voraussetzung für das Vorhandensein der Vertretungsmacht ist (oben Anm. I a), so muß (CPO. § 56) die Gesellschaft, wenn sie durch den Aufsichtsrat als Vertreter klagt, das Vorliegen eines jener Fälle dartun. — Die Klage braucht nicht notwendig gegen **alle** Vorstandsmitglieder sich zu richten (vgl. Anm. II).

a. **Falls von der Generalversammlung die Anstellung des Rechtsstreits beschlossen ist** (§ 247 Abs. 1). Der Beschluß kann mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt werden, sowohl wenn der Anspruch aus der Gründung oder Geschäftsführung sich herschreibt (§ 268 Abs. 1), wie auch wenn er auf anderen Rechtsgründen beruht. In dem Beschluß auf Geltendmachung eines Anspruchs liegt im Zweifel auch der Beschluß, nötigenfalls einen Rechtsstreit über diesen Anspruch zu führen (vgl. § 268).

b. **Falls in der Generalversammlung eine Minderheit**, **deren Anteile den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen**, **die Anstellung des Rechtsstreits** **wegen Ansprüchen aus Gründung oder Geschäftsführung** **verlangt hat.** Vgl. § 268 Anm. IV c.

c. **Falls es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats handelt** (§ 247 Abs. 2). Auch in diesem Fall ist die Klage namens der Gesellschaft anzustellen (ebenso Staub[8] Anm. 2, Staub[8]-Pinner Anm. 7, Pinner Anm. II, Behrend § 127 Anm. 12, Goldmann Nr. 10; dagegen Staub[7] Anm. 5, Ring Nr. 2). Kann der Aufsichtsrat nicht dartun, daß es sich um einen Fall der Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder handelt, so ist die Klage abzuweisen (Staub[8]-Pinner Anm. 7, Goldmann Nr. 11; dagegen Ring Nr. 2). Nicht notwendig braucht die Verantwortlichkeit aller Mitglieder des Aufsichtsrats in Frage zu kommen. Die Fälle der Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder sind zu entnehmen aus §§ 204, 249, 306 Abs. 6, 334 Abs. 4. Unter „Verantwortlichkeit" ist in § 247 Abs. 2 wohl nicht ausschließlich eine Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft verstanden, sondern jede auch nur seitens der Gesellschaft verfolgbare Obliegenheitsverletzung mitbegriffen. Auch in letzterem Fall kann Klage trotz gegenteiligen Beschlusses der Generalversammlung vorkommen, da (§ 241 Anm. II b) nach der für richtig zu erachtenden Ansicht ein gesetz- oder satzungswidriger Generalversammlungsbeschluß den ihn befolgenden Aufsichtsrat auch nicht im Verhältnis zur Gesellschaft von der Haftung befreit.

IV. **Andere Fälle einer Vertretung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat** sind aufgezählt in § 246 Anm. III a 2 ξ, τ; vgl. ferner § 266 Abs. 4. Streitig ist, ob darüber hinaus der Aufsichtsrat vertretungsberechtigt bezüglich aller Geschäfte ist, die als Folge einer ordnungsmäßigen Handhabung seiner Geschäftsführungspflicht von ihm vorgenommen werden. Die Frage ist zu verneinen. Ebenso Staub[7] § 246 Einl.; dagegen Pinner § 246 Anm. II 5, Staub[8]-Pinner § 246 Einl., Ring § 246 Nr. 1, Goldmann § 246 Nr. 15, OLG. Karlsruhe 2 V 90 HoldheimsMSchr. **92** 58, OLG. Hamburg 17 III 91 ZHR. **40** 476 betr. Zuziehung eines Bücherrevisors; dagegen wohl auch D. 143, wonach die Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern als ein besonders wichtiger Fall der Vertretung durch den Aufsichtsrat im neuen HGB. angeführt ist. Bedient sich der Aufsichtsrat zulässigerweise eines sachverständigen Rats oder zieht er für seine Nachprüfung der Bücher oder Bestände in angemessener Weise eine Hilfsperson zu, so wird nach außen nicht die Gesellschaft (außer etwa gemäß den Regeln auftragloser Geschäftsführung), sondern es werden die handelnden Mitglieder des Aufsichtsrats zur Leistung der Vergütung für den Rat oder für die Dienste der Hilfsperson verpflichtet. Jene Aufsichtsratsmitglieder ihrerseits können jedoch von der Gesellschaft Ersatz und sogar Vorschuß fordern (BGB. §§ 669, 670). — Die einzelnen Überwachungshandlungen des Aufsichtsrats, soweit sie nur im Innern der Gesellschaft, insbesondere durch Erklärung gegenüber anderen Beamten oder Behörden, vorgenommen werden, und soweit in ihnen nicht etwa ein Rechtsgeschäft mit den Vorstandsmitgliedern liegt, werden nicht (was RGSt. 7 280 voraussetzt) namens der Gesellschaft, sondern lediglich namens des Aufsichtsrats vorgenommen; ebenso wie in dem Widerspruch eines geschäftsführungsberechtigten Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft gegen die beabsichtigte Geschäftsführungshandlung des anderen kein namens der Gesellschaft vorgenommenes Rechtsgeschäft, mithin auch keine Vertretung der Gesellschaft liegt. — Nur soweit der Aufsichtsrat nach Vorstehendem Vertreter der AG. ist, sind §§ 31, 278 BGB. für die Haftung der AG. auf Grund einer zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung des Aufsichtsrats maßgebend; darüber hinaus ist nur § 831 BGB. anwendbar (für früheres Recht vgl. RG. 7 XI 90 JW. 422[37]).

§ 248.

Unvereinbare Stellungen.

Die Mitglieder des Aufsichtsraths können nicht zugleich Mitglieder des Vorstandes oder dauernd Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern sein, auch nicht als Beamte die Geschäfte der Gesellschaft führen.

Nur für einen im voraus begrenzten Zeitraum kann der Aufsichtsrath einzelne seiner Mitglieder zu Stellvertretern von behinderten Mitgliedern des Vorstandes bestellen; während dieses Zeitraums und bis zur Entlastung des Vertreters darf

der letztere eine Thätigkeit als Mitglied des Aufsichtsraths nicht ausüben. Auf die in solcher Weise bestellten Vertreter finden die Vorschriften des § 236 keine Anwendung.

Scheiden aus dem Vorstande Mitglieder aus, so können sie nicht vor der Entlastung in den Aufsichtsrath gewählt werden.

ADH. Art. 225a. **Entw. I** § 228. **Entw. II** § 243.

I. **Unvereinbare Stellung (§ 248 Abs. 1).**

a. **Vorstandsmitglieder, Stellvertreter, Gesellschaftsbeamte.** Um die tatsächliche Verschmelzung der Aufsichtsbehörde mit den Beaufsichtigten zu verhüten (M. 145), verbietet § 248 den Mitgliedern des Aufsichtsrats, zugleich Mitglied des Vorstands oder dauernder Stellvertreter eines Vorstandsmitglieds zu sein oder als Gesellschaftsbeamter die Geschäfte der Gesellschaft zu führen. Unter „dauernder Stellvertreter eines Vorstandsmitglieds" ist ein Vorstandsmitglied zu verstehen, dessen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis (im inneren Verhältnis) durch das Eintreten der Behinderung eines anderen Vorstandsmitglieds beschränkt ist (§ 242 Anm. I, II). Bestritten ist, was mit den Worten „als Beamte die Geschäfte der Gesellschaft führen" gemeint ist. Das „Beamte" weist auf ein dauerndes Anstellungsverhältnis hin. Zulässig bleibt daher, daß Aufsichtsratsmitglieder die Führung eines oder mehrerer einzelnen Geschäfte der Gesellschaft übernehmen, z. B. die Ausführung eines Geldgeschäfts, die Führung eines Rechtsstreits. In der Bezeichnung „Beamter" liegt aber ferner, daß der Angestellte nach außen namens der Gesellschaft auftritt, nicht vorwiegend eigene Leistungen als solche vorführt. Nicht Beamte sind daher z. B. die ausführenden Künstler einer Theater-AG. Ebensowenig Personen, die trotz dauernden Vertragsverhältnisses zur Gesellschaft in selbständiger Stellung bleiben, z. B. im Rahmen eines eigenen, auch auf andere Geschäfte gerichteten Betriebs eine beratende Tätigkeit ausüben, z. B. als Bauleiter, Vertrauensarzt, Rechtsbeistand (Staub[8]-Pinner 1, Ring Nr. 2, Behrend § 127 Anm. 17, Pinner Anm. II 2, Goldmann Nr. 5). Das „die Geschäfte der Gesellschaft führen" scheint eine Gattung von Gesellschaftsbeamten von anderen Gattungen sondern zu wollen. Indessen ist nicht absehbar, in welcher Stellung man „Beamter" sein könnte, ohne Geschäfte des Geschäftsherrn zu führen; denn „Geschäftsführung" ist weder auf die Tätigkeit der Zentralleitung noch etwa auf kaufmännische Tätigkeit zu beschränken. Höchstens könnten die fraglichen Worte eine Tätigkeit als untergeordneter Arbeiter oder Handlanger ausschließen. Hiernach ist verboten die Übernahme einer dauernden Stellung z. B. als Handlungsgehilfe, Betriebsbeamter, Werkmeister, unselbständiger Justiziar (abw. Goldmann Nr. 5). — Der § 248 verbietet nicht nur, daß Aufsichtsratsmitglieder zugleich Vorstandsmitglieder oder Gesellschaftsbeamte, sondern auch umgekehrt, daß Vorstandsmitglieder oder Gesellschaftsbeamte zugleich Aufsichtsratsmitglieder sind.

b. **Wirkung eines Verstoßes.** Nur der Zustand des gleichzeitigen Bestehens beider Eigenschaften ist verboten. Zulässig ist daher die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds zum Vorstandsmitglied (nicht auch umgekehrt, unten Anm. III); nur muß der Gewählte bei (unbetagter) Annahme der letzteren Stellung gleichzeitig aus der ersteren ausscheiden. Bestritten ist, ob, wenn ein Aufsichtsratsmitglied ohne Niederlegung der Stellung als solches eine unvereinbare Stellung annimmt, das frühere Amt erlischt oder das neue nicht in Kraft tritt. Der Wortlaut spricht für letztere Ansicht (ebenso Förtsch Art. 225a Anm. 3, Petersen-Pechmann S. 463; dagegen Behrend § 127 bei Anm. 19, Staub[8]-Pinner Anm. 1 Ring Nr. 2, Pinner Anm. II 1, Rudorff zu Abs. 1, Goldmann Nr. 1). Die Frage wird jedoch nicht oft auftauchen, da in der Regel in der Annahme des neuen Amts zugleich die Erklärung der Niederlegung des früheren Amts zu finden sein wird.

II. **Zeitweise Stellvertretung von Vorstandsmitgliedern (§ 248 Abs. 2).**

a. **Bestellung.** Der § 248 Abs. 2 Satz 1 ermächtigt kraft Gesetzes den Aufsichtsrat zu einer Bestellung seiner Mitglieder zu Stellvertretern von Vorstandsmitgliedern auf Zeit. Es bedarf daher keiner hierauf bezüglichen Satzungsbestimmung: auch ist unerheblich, ob bei der betreffenden Gesellschaft dem Aufsichtsrat auch die Bestellung der ordentlichen Vorstands-

mitglieder zusteht (KB. 22). Die Ausschließung dieses Rechts des Aufsichtsrats durch Satzungsbestimmung ist zulässig (Pinner Anm. III 1, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 7, Staub[8]-Pinner Anm. 2; dagegen Behrend § 127 Anm. 20), aber nicht wirksam für das Verhältnis nach außen (§ 247 Anm. I a, Pinner a. a. O., Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 7). — Auch in diesem Fall einer Bestellung von Stellvertretern sind zwei Arten der Bestellung an sich möglich (§ 242 Anm. II): die unbedingte Bestellung (dann ist schon die Bestellung nur zulässig, wenn Behinderung vorliegt), oder die bedingte Bestellung (dann braucht die Behinderung nicht bereits bei Bestellung vorzuliegen, sondern ist nur maßgebend für das Eintreten der Bedingung). Der Wortlaut des § 248 zwingt jedoch wohl dazu, die darin gegebene Ermächtigung nur auf den ersten Fall zu beziehen; „behinderten" ist wohl nicht auch im Sinn von „künftig etwa behinderten" zu verstehen (unten Anm. II b 4), und die Ernannten sollen wohl bis zum Ablauf des begrenzten Zeitraums, nicht etwa (wie im obigen zweiten Fall anzunehmen wäre) nur bis zum Aufhören des Behinderungsfalls, Vorstandsmitglieder sein, wie sie auch „während dieses Zeitraums" keine Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglieder ausüben dürfen. Bei anderer Auslegung würde bei genügend weiter Bestimmung des Zeitraums eine dauernde Stellvertretung geschaffen werden können, was das Gesetz gerade verhindern wollte.

b. **Grenzen des Bestellungsrechts.**

1. Das Recht des Bestellens ist beschränkt auf das Bestellen von Aufsichtsratsmitgliedern.
2. Es ist beschränkt auf die Bestellung von Vertretern für Vorstandsmitglieder im Gegensatz zu anderen Gesellschaftsbeamten.
3. Es ist ferner beschränkt auf das Bestellen für einen voraus begrenzten Zeitraum, d. h. einen kalendermäßig begrenzten (§ 215 Anm. II b 1, Pinner Anm. III 2 b); Verlängerung ist jedoch zulässig (Pinner a. a. O.). Die Zeitbegrenzung wird in der Regel in dem die Bestellung enthaltenden Aufsichtsratsbeschluß erfolgen. Doch ist genügend auch eine stillschweigende Bezugnahme auf eine etwa in der Satzung enthaltene Höchstbegrenzung des Zeitraums (abw. Goldmann Nr. 6).
4. Das Bestellungsrecht ist nur vorhanden, wenn ein Behinderungsfall bereits vorliegt (KGJ. **15** 30, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 8; dagegen Esser Anm. 3). Nicht genügt, daß die Behinderung erst bevorsteht (oben Anm. II a, LG. Bremen 9 XI 95 HoldheimsMSchr. **95** 358), auch nicht, daß sie sicher bevorsteht (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 3, Pinner Anm. III 2 d, LG. Bremen a. a. O.). Ein „behindertes Mitglied des Vorstands" ist nur vorhanden, solange der Behinderte noch Vorstandsmitglied ist. Indessen soll nach der Entstehungsgeschichte (KB. 22, KB. 80) die Ermächtigung des § 248 sich auch auf Bestellung eines Stellvertreters für ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied erstrecken und ist daher auch auf diesen Fall, z. B. auf Behinderung durch Tod, anzuwenden (Behrend § 127 Anm. 20, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 8, Staub[8]-Pinner Anm. 3, Esser Anm. 2, Hergenhahn in HoldheimsMSchr. **95** 8, Holdheim in HoldheimsMSchr. **93** 136, LG. Glogau 20 XII 92 HoldheimsMSchr. **93** 150, KG. 7 V 00 EntschFG. **1** 57 KGJ. **20** A 166 OLGRspr. **1** 186; dagegen Staub[7] Anm. 3, Pinner Anm. III 2 a, LG. I Berlin 23 IX 96 HoldheimsMSchr. 371, Bauer[3] Aufsichtsrat 134, Tscharmann Aufsichtsrat 23, vgl. BGB. § 1665). Die Bestellung gilt mithin im Zweifel nicht nur für die Amtsdauer des vertretenen Vorstandsmitglieds. Suspension (§ 231 Anm. V d) ist ein Fall der Behinderung.
5. Nicht Voraussetzung der Bestellung ist, daß der Aufsichtsrat trotz der Bestellung beschlußfähig bleibt oder noch mehr als 3 andere Mitglieder enthält (ebenso Behrend § 127 Anm. 20, Goldmann Nr. 9; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 3, Ring Nr. 4, Pinner Anm. III 2 e, Esser Anm. 7); nur ist dann zu beachten, daß der Aufsichtsrat binnen spätestens drei Monaten wieder beschlußfähig gemacht werden muß (§ 315 Nr. 1), sei es durch Aufhören der Stellvertretung und Entlassung des Vertreters, sei es durch Ausscheiden des Vertreters aus dem Aufsichtsrat und Neuwahl eines Mitglieds in letzteren. Die Worte: „sofern die zur Beschlußfassung erforderliche Zahl von Mitgliedern verbleibt"

wurden von der Reichstagskommission in erster Lesung aufgenommen, in zweiter jedoch wieder gestrichen (KB. 79).

c. **Wirkung der Bestellung.** Durch die Bestellung wird der Bestellte zum Mitglied des Vorstands (§ 242 Anm. I—III, § 248 Anm. IIa); nur findet das Verbot von Sondergeschäften (§ 236) nicht Anwendung auf ihn (§ 248 Abs. 2 Satz 2). Er bleibt aber gleichzeitig auch Mitglied des Aufsichtsrats; nur darf er während des vorher begrenzten Zeitraums (oben Anm. IIb 3), für den er bestellt ist, und noch darüber hinaus bis zu seiner Entlastung (§ 260 Anm. IV) eine Tätigkeit als Mitglied des Aufsichtsrats nicht ausüben. Eine solche Tätigkeit liegt sowohl in der Teilnahme an der Ausübung von Rechten, die dem Aufsichtsrat als Behörde, wie auch in der Ausübung von Rechten, die jedem einzelnen Mitglied des Aufsichtsrats zustehen. Die Stellvertretung ist ein Teil der Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied; im Zweifel ist daher die für letztere Tätigkeit bedungene Vergütung fortzugewähren auch solange jene Tätigkeit infolge der Stellvertretung ruht (Pinner Anm. III 5). Nach Entlastung hat der Stellvertreter ohne Neuwahl (KB. 22) seine Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied wieder aufzunehmen.

d. **Anmeldung.** Wie anzumelden und einzutragen ist, und ob (bejahend Staub[8]-Pinner Anm. 4, Pinner Anm. III 4b, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 10) dem Registerrichter die Behinderung des Vorstandsmitglieds nachgewiesen werden muß, vgl. § 242 Anm. III. Nach Aufhören der Zeit, für welche bestellt ist, muß die Löschung des vertretenden Vorstandsmitglieds bewirkt werden (§ 234 Abs. 1, 242); der Registerrichter hat daher die Löschung zu erzwingen (§ 14, HoldheimsMSchr. 94 204).

III. **Wahl von Vorstandsmitgliedern zu Aufsichtsratsmitgliedern (§ 248 Abs. 3).** Eine solche Wahl ist unzulässig, selbst wenn gleichzeitig ein Ausscheiden aus dem Vorstand erfolgt, es sei denn, daß gleichzeitig dem Vorstandsmitglied Entlastung auch für das laufende Geschäftsjahr erteilt wird, was nur ausführbar ist unter dem Vorbehalt der Nichtanfechtung des Entlastungsbeschlusses innerhalb der einmonatlichen Frist des § 271 Abs. 2 (§ 260 Anm. Vd). Eine frühere Wahl ist nichtig („können nicht") und wird mithin (Planck[3] Buch I Abschn. 3 Vorbem. VII 1) auch durch spätere Entlastung nicht wirksam (ebenso Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 16; dagegen Pinner Anm. IV). Da das Gesetz nicht unterscheidet und hier auf den Zeitpunkt des „Wählens", nicht wie in Abs. 1 auf den Zustand des Mitgliedseins, Gewicht legt, so wird das Obige auch von einer durch Entlastung aufschiebend bedingten Wahl zu gelten haben (dagegen Pinner Anm. IV). — Aufsichtsratsmitglieder dürfen vor Entlassung des Aufsichtsrats zu Vorstandsmitgliedern gewählt werden (Staub[8]-Pinner Anm. 6).

§ 249.

Haftung der Aufsichtsratsmitglieder.

Die Mitglieder des Aufsichtsraths haben bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden.

Mitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft mit den Vorstandsmitgliedern als Gesammtschuldner für den daraus entstehenden Schaden.

Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten die im § 241 Abs. 3 bezeichneten Handlungen vorgenommen werden. Auf die Geltendmachung des Ersatzanspruchs finden die Vorschriften des § 241 Abs. 4 Anwendung.

Die Ansprüche auf Grund der Vorschriften der Abs. 1 bis 3 verjähren in fünf Jahren.

ADH. Art. 226. **Entw. I** § 229. **Entw. II** § 244.

I. **Sorgfaltspflicht.** Vgl. § 241 Anm. I. Über die einzelnen Obliegenheiten vgl. § 246 Anm. I, III. Die allgemeine Sorgfaltspflicht besteht auch in denjenigen Fällen, die im § 249 Abs. 3 besonders hervorgehoben sind (KB. 80). — Handelt es sich um die Verantwortlichkeit (Anm. II—IV)

der Aufsichtsratsmitglieder, so hat der Aufsichtsrat ein selbständiges Recht zur Erhebung von Klagen der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder (§ 247 Abs. 2); hat ein Generalversammlungsbeschluß eine Maßregel zum Gegenstand, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft haftbar machen würden, so hat jedes Mitglied des Aufsichtsrats ein selbständiges Recht auf Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses (§ 271 Abs. 4).

II. **Haftung gegenüber der Gesellschaft bei Obliegenheitsverletzung.** Vgl. § 241 Anm. II. Unerheblich ist, ob die verletzte Obliegenheit den Aufsichtsratsmitgliedern durch Gesetz oder in anderer Weise, insbesondere durch Bestimmung der Satzung übertragen war (D. 143). Eine Obliegenheitsverletzung kann liegen in Nichtwissen trotz Wissenmüssens. Ein Anspruch auf Schadensersatz kann nicht schon damit allein begründet werden, daß durch Prüfung des Geschäfts seitens des Aufsichtsratsmitglieds der Schaden verhütet worden wäre; vielmehr muß ferner behauptet werden, daß in der Nichtprüfung eine Obliegenheitsverletzung lag (KB. 23). Jedes Aufsichtsratsmitglied haftet nur für die Folgen seiner eigenen Obliegenheitsverletzung; alle aber haften bei gemeinschaftlichem Handeln, z. B. gemeinsamer falscher Berichterstattung; ebenso wenn die Säumnis jedes einzelnen ursächlich für den ganzen Schaden war, z. B. wenn durch genügende Überwachung seitens nur eines Aufsichtsratsmitglieds der ganze Schaden verhütet worden wäre (RG. 7 VII 00 JW. 664[19]).

III. **Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nach § 249 Abs. 3.** Vgl. § 241 Anm. III. Die Haftung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds besteht nur, wenn mit seinem Wissen und ohne sein Einschreiten die in § 241 Abs. 3 bezeichneten Handlungen vorgenommen werden. Dem Wissen steht das Wissenmüssen nicht gleich (Staub[8]-Pinner Anm. 4, Ring Nr. 2, Pinner Anm. II 2a, CosackHR. § 121 IV 2c, Hagen in GruchotsBeitr. 42 345, Goldmann Nr. 6, Küntzel 55; anders bezüglich des daneben bestehenden (RG. 7 XI 03 HoldheimsMSchr. 04 133) Anspruchs der Gesellschaft aus § 249 Abs. 2 (oben Anm. II). Da das einzelne Mitglied in der Regel kein Recht hat, selbständig gegenüber dem Vorstand Anordnungen zu treffen (§ 246 Anm. II), so wird das Einschreiten in der Regel nur darin bestehen können, daß die Tatsachen zur Kenntnis der anderen Mitglieder des Aufsichtsrats gebracht werden und ein Einschreiten des Aufsichtsrats ausdrücklich beantragt wird (RG. 13 47, 49). Wird der Antrag abgelehnt, so tragen nunmehr die Ablehnenden allein die Verantwortung (ähnlich Hagen in GruchotsBeitr. 42 338). Bei sehr erheblichen Unregelmäßigkeiten wird allerdings das einzelne Aufsichtsratsmitglied sich auch bei jener Ablehnung seiner Anträge im Aufsichtsrat nicht beruhigen dürfen, sondern — soweit ihm dies kraft seiner Stellung als Aufsichtsratsmitglied (abgesehen von seiner etwaigen Eigenschaft als Aktionär) möglich — die betreffenden Tatsachen zur Kenntnis auch der Generalversammlung bringen müssen (dahingestellt RG. 13 47). Eine solche Ablehnung von Anträgen, die ein Einschreiten gegenüber erheblichen Unregelmäßigkeiten bezwecken, geben dem überstimmten Aufsichtsratsmitglied einen wichtigen Grund zur Amtsniederlegung (Bernau JheringsJ. 44 251); dagegen wird eine Pflicht des Aufsichtsratsmitglieds, in solchem Fall sein Amt niederzulegen, nicht angenommen werden können, da man hierdurch gerade die gewissenhafteren Personen, deren Gegengewicht sich auch künftig fühlbar machen kann, aus dem Aufsichtsrat drängen würde.

IV. **Haftung gegenüber Dritten nach allgemeinen Grundsätzen.** Vgl. § 241 Anm. IV.

V. **Verjährung.** Vgl. § 241 Anm. V.

III. Generalversammlung (§§ 250—259).

§ 250.

Ausübung der Gesamtrechte der Aktionäre.

Die Rechte, welche den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere in Bezug auf die Führung der Geschäfte, zustehen, werden durch Beschlußfassung in der Generalversammlung ausgeübt.

ADH. Art. 221 Abs. 1. **Entw. I** § 230. **Entw. II** § 245.

I. **Gesamtrechte** des Aktionärs.

a. **Begriff.** Als „Gesamtrechte" kann man — im Gegensatz zu den Sonderrechten (unten Anm. II) — diejenigen Rechte des Aktionärs bezeichnen, deren Ausübung nicht jedem Aktionär als solchem kraft eigenen Rechts, sondern nur der organisierten Gesamtheit der Aktionäre zusteht. Früher wurden diese Gesamtrechte in der Regel als „Mitgliedschaftsrechte" bezeichnet; diese Bezeichnung kann aber nicht beibehalten werden, weil das in BGB. § 38 gebrauchte Wort „Mitgliedschaftsrechte" die Gesamtrechte und Sonderrechte umfaßt und nur die Gläubigerrechte eines Mitglieds ausschließt. — Die Gesamtrechte zerfallen wieder in mehrere Gruppen je nach der Art, wie die Gesamtheit, der sie zustehen sollen, bestimmt ist: Rechte einer erschwerten Mehrheit, Rechte der einfachen Mehrheit, Minderheitsrechte, Sondergattungsrechte. Die erste und dritte dieser Gruppen umfassen die gleichen Fälle; denn wo für Fassung eines Beschlusses eine erschwerte Mehrheit erforderlich ist, besteht gleichzeitig ein Minderheitsrecht auf Verhinderung jenes Beschlusses, und umgekehrt. — Ein Gesamtrecht wird nicht dadurch zum Sonderrecht, daß im Einzelfall die mehreren einzelnen Gesamtberechtigungen in einer Hand vereinigt sind. — Die in M. 154 versuchte Unterscheidung zwischen „Mitgliedschaftsrechte", „Sonderrechte" und „Individualrechte" ist in der dort gegebenen Abgrenzung nicht haltbar (ebenso Alexander Sonderrechte 12).

b. **Nur auf Gesamtrechte bezieht sich § 250** (ROH. 17 113). Dies ist selbstverständlich, da der Begriff der Sonderrechte die Notwendigkeit des Zusammenwirkens mit anderen, mithin auch die Notwendigkeit einer gemeinsamen Beschlußfassung ausschließt. Diese Beschränkung sollte aber auch äußerlich erkennbar gemacht werden durch die Worte „in den Angelegenheiten der Gesellschaft"; dies soll den Gegensatz andeuten zu „Angelegenheiten der einzelnen Mitglieder" (D. 143).

c. **Umfang des Gesamtrechts.** Der Umfang jedes einzelnen Gesamtrechts eines Aktionärs reicht — nur beschränkt durch die gleichen Rechte anderer Gesamtberechtigten — ebensoweit wie der (durch Gesetz oder Satzung bestimmte) Umfang des Rechts der betreffenden Gesamtheit; die Grenzen, die für das letztere gelten, bestehen daher auch für das erstere. Über den Umfang der Rechte der Generalversammlung vgl. Anm. IV b, c.

d. **Ausübung** der Gesamtrechte.

1. In der Generalversammlung sind nach § 250 die Gesamtrechte auszuüben. Zweifelhaft ist, ob daneben auch die allgemeine Bestimmung des § 32 Abs. 2 BGB. anwendbar bleibt: „Auch ohne Versammlung der Mitglieder ist ein Beschluß gültig, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschlusse schriftlich erklären". Dies ist wohl zu bejahen (dagegen Ring Nr. 1, Simon ZHR. 49 14); auch in diesem Fall müssen aber die Formvorschriften der §§ 258, 259 entsprechend beobachtet werden. Über die Frage, ob die Formen der Berufung und Ankündigung in diesem Fall entbehrlich sind, vgl. § 253 Anm. III. — Bezüglich derjenigen Gesamtrechte, welche Minderheitsrechte sind, gilt die Notwendigkeit einer Ausübung in der Generalversammlung zwar auch als Regel; doch bestehen Ausnahmen. Vgl. namentlich: Recht auf Berufung einer Generalversammlung oder Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung (§ 254), Antrag bei Gericht auf Ernennung von Revisoren (§ 266 Abs. 2), Antrag bei Gericht auf Bestellung der von der Minderheit bezeichneten Personen als Vertreter der Gesellschaft zur Führung des Rechtsstreits wegen der Ansprüche aus Gründung oder Geschäftsführung (§ 268 Abs. 2), Zustimmung zu Verzicht oder Vergleich wegen solcher Ansprüche (§ 270), Klage auf Anfechtung eines

Generalversammlungsbeschlusses wegen zu hoher Abschreibungen oder Rücklagen (§ 271 Abs. 3), Antrag auf Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren (§ 295 Abs. 2, 3). — Auch die Gesamtrechte der Sondergattung sind in der allgemeinen Generalversammlung geltend zu machen; nur durch getrennte Abstimmung (§ 275 Abs. 3, § 278 Abs. 2, § 288 Abs. 3).

2. Durch Beschlußfassung. Die genauere Regelung der Beschlußfassung ist enthalten in §§ 251, 252. Über das Sonderrecht auf Erörterung vor Beschlußfassung vgl. unten Anm. IV a 6.

II. **Sonderrechte** des Aktionärs. Aus der neueren Literatur vgl. Lehmann Einzelrecht und Mehrheitswille in der AG. in ArchBürgR. **9** 374, Alexander Die Sonderrechte der Aktionäre Berlin 1892, Bachmann Die Sonderrechte des Aktionärs Zürich 1902.

a. **Begriff.** Sonderrechte des Aktionärs sind diejenigen Rechte, die jedem Aktionär als solchem (Gegensatz: Gläubigerrechte, unten Anm. III) kraft eigenen Rechts (Gegensatz: Gesamtrechte, oben Anm. I) gegenüber der Gesellschaft zustehen. Ähnlich RG. **11** 271, **49** 151: „ein Sonderrecht erfordert ein aus der Mitgliedschaft hervorgegangenes, von den Rechten der übrigen Mitglieder unterschiedenes Individualrecht eines Mitglieds gegen die Gesellschaft"; nur ist gegen diese Begriffsbestimmung einzuwenden, daß ein gleiches Sonderrecht jedem Mitglied zustehen kann. Eine Folge des Zustehens kraft eigenen Rechts ist, daß dies Recht nicht durch den Willen anderer, insbesondere auch nicht durch Generalversammlungsbeschluß, entzogen werden kann. — Nicht nur durch Gesetz, sondern auch durch Satzung können Sonderrechte geschaffen werden (D. 143). Ob ein einzelnes Recht Sonderrecht ist, muß im Zweifel aus der Absicht des Gesetzgebers oder des Urhebers der Satzungsbestimmung abgeleitet werden. Das HGB. steht auf dem Standpunkt, daß die Grenze der als gemeinschaftlich geltenden Angelegenheiten, innerhalb welcher sich der Einfluß der Generalversammlung betätigt, bei der AG. nicht zu eng gezogen werden darf (D. 144). Kein Sonderrecht besteht insbesondere in denjenigen Fällen, für welche das Gesetz ausdrücklich anerkennt, daß eine bestimmte Mehrheit Beschlüsse fassen kann (unten Anm. IV b 2).

b. **Allgemeine Bestimmungen über Sonderrechte** sind im HGB. nicht enthalten. Anwendbar (RG. 14 XI 03 JW. **04** [14]) ist jedoch BGB. § 35:

> „Sonderrechte eines Mitglieds können nicht ohne dessen Zustimmung durch Beschluß der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden."

Einzelne Sonderrechte sind verzichtbar, andere unverzichtbar. Zu den unverzichtbaren gehört z. B. das Stimmrecht (§ 252 Anm. I) und das Anfechtungsrecht (unten Anm. IIc 10); auch bei diesen steht es aber im freien Willen des Aktionärs, ob er im Einzelfall von dem Recht Gebrauch machen will. — Die Sonderrechte (im Gegensatz zu den Gläubigerrechten) gewähren im Konkurs der Gesellschaft keine „Konkursforderung". — Ist einmal durch Generalversammlungsbeschluß ein Sonderrecht begründet, so kann es nicht durch erneuten Beschluß wieder rückgängig gemacht werden (RG. **51** 91).

c. **Beispiele gesetzlicher Sonderrechte.**

1. Recht auf Mitgliedschaft (D. 144, RG. **51** 91, **57** 157). Eine Entziehung der Mitgliedschaft gegen den Willen des Aktionärs ist unzulässig, außer durch Verlustigerklärung gemäß § 219, durch Einziehung unter den Voraussetzungen des § 227 oder bei Zusammenlegung gemäß § 290 (vgl. RG. **49** 80). So selbst, wenn bereits die ursprüngliche Satzung eine Bestimmung dieses Inhalts enthält (RG. **49** 80). Der Tod des Aktionärs bewirkt (abweichend von der für Vereine geltenden gesetzlichen Regel des BGB. § 38) kein Erlöschen des Anteilrechts; vielmehr werden die Erben (vgl. § 225), in letzter Reihe der Fiskus (BGB. § 1936), Mitglied. Andererseits ist das einseitige Austreten des Aktionärs aus der AG. für zulässig zu erachten (BGB. § 39; ebenso CosackHR. § 120 I 2; dagegen Staub[8]-Pinner § 292 Anm. 22); der Austritt wirkt für die AG. und die übrigen Aktionäre im wesentlichen wie die Einziehung eines Anteilrechts. Der Ausgetretene verliert durch den Austritt sein Anteilrecht; von den übernommenen Kapitaleinlage-Verpflichtungen wird er hierdurch nicht frei (§ 221). Er braucht aber die sonstigen erst später fällig werdenden Verpflichtungen, insbesondere wiederkehrende Leistungen, nicht mehr zu bewirken (dagegen RG. **17** 5 nur für den hier nicht erörterten Fall vertragsmäßiger Nebenleistungen); eine Ausnahme ist nur bezüglich der auf das laufende Geschäftsjahr entfallenden

Leistungen zuzugestehen (RG. 26 92). Die Festsetzung eines Austrittsgelds ist unzulässig (vgl. RG. 42 81). Über Verwirkung des Anteilrechts als Vertragsstrafe vgl. § 212 Anm. Id. — Über das Recht auf Aufnahme als Mitglied vgl. §§ 282, 283.

2. Recht auf Bescheinigung der Mitgliedschaft. Über die Zulässigkeit eines Ausschließens des Rechts auf Erteilung eines Mitgliedscheins und über die Tragweite eines vorhandenen Rechts auf Erteilung vgl. § 179 Anm. II a. Entsprechend besteht, wenn ein im Aktienbuch Eingetragener sein Anteilrecht veräußert, ein Sonderrecht des Veräußerers auf Eintragung des Erwerbers in das Aktienbuch (§ 223 Anm. I a). — Ein Sonderrecht auf Unveränderlichkeit der äußerlich angegebenen Höhe des Betrags des einzelnen Grundkapitalanteils ist nicht anzuerkennen (ROH. 25 263): zweifelhaft ist nur, ob für eine Änderung dieselben erschwerenden Voraussetzungen zu erfüllen sind, wie für das Fassen eines Beschlusses über Herabsetzung des Grundkapitals (vgl. § 288 Anm. III a 1, § 290 Anm. II c 2).

3. Recht auf Übertragbarkeit der Mitgliedschaft. Die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft kann — außer wenn Inhaberaktien ausgegeben werden — durch Gesetz oder Satzung beschränkt sein (§ 179 Anm. II c 2). Daß aber die bei Erwerb der Mitgliedschaft vorhandenen Bedingungen der Übertragbarkeit nicht zu ungunsten des Aktionärs erschwert werden, ist dessen Sonderrecht. Deshalb ist eine Satzungsbestimmung, durch welche eine Zwangsumwandlung von Inhaber- in Namenaktien gestattet wird, nur für die Inhaber der bereits vor Zustandekommen jener Bestimmung entstandenen Anteilrechte bindend (§ 183 Anm. II). — Ist durch die Satzung bestimmt, daß auf Verlangen des Aktionärs die Umwandlung seiner Namenaktie in eine Inhaberaktie oder umgekehrt stattzufinden hat (§ 183 Abs. 2), so hat der Aktionär ein Sonderrecht auf Erfüllung dieses Verlangens.

4. Recht auf Nichtbenachteiligung gegenüber anderen Aktionären gleichen Rechts? Die herrschende Meinung behandelt dies Recht als ein Sonderrecht jedes einzelnen Aktionärs (RG. 38 16, 41 99, 49 198; vgl. 14 137). Zutreffender ist jedoch wohl, es nicht als Sonderrecht, sondern nur als Gesamtrecht aller gleichmäßig benachteiligten Aktionäre aufzufassen (§ 275 Anm. III a; vgl. unten zu 10). Dies Recht ist zu beachten z. B. bei Einforderung der Einlagen (§ 218 Anm. II a). Ebenso bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens (§ 300 Anm. II b 1). Ferner bei Bestimmung der für die einzelnen Anteilrechte zu gewährenden Gegenleistung bei Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen (RG. 14 137). Kein Verstoß gegen dies Recht liegt vor, wenn die gleiche Vorschrift den einen Aktionär nur aus tatsächlichen, außer Zusammenhang mit seinem Mitgliedschaftsrecht stehenden Gründen schwerer trifft als den anderen (vgl. RG. 47 151; dagegen KG. 12 I 03 EntschFG. 3 236 KGJ. 25 A 261). Soweit bevorrechtigte Aktiengattungen geschaffen sind, können die Aktionäre der nichtbevorrechtigten Gattung nicht gleiche Behandlung mit den Vorrechtsaktionären verlangen (vgl. RG. 49 198); doch bleibt auch hier das Vorrecht der letzteren beschränkt auf diejenigen Rechte, die ihnen ausdrücklich eingeräumt sind (vgl. z. B. bezüglich Einforderung § 218 Anm. II a). Über die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Vorrechtsaktionär dulden muß, daß durch spätere Beschlüsse seine Vorrechtsaktie gegenüber den gewöhnlichen Aktien in den bis dahin beiden Aktiengattungen gleichmäßig zustehenden Rechten benachteiligt wird, vgl. § 275 Anm. III a, b. Entsprechendes gilt bei Anteilrechten mit verschiedener Einlagepflicht, Bareinlage und Nichtbareinlage oder unter sich verschiedenen Nichtbareinlagen. Über Stellung der Wahl zwischen Zuzahlung und Benachteiligung vgl. § 276 Anm. V c. Über Benachteiligung bei Zusammenlegung von Anteilrechten vgl. § 290 Anm. II c 1. — Über das Sondergattungs-Recht auf Nichteinführung nicht vorhandener und Nichtvergrößerung bestehender Benachteiligungen einer Sondergattung vgl. § 275 Anm. III.

5. Recht auf Mitwirkung bei Ausübung von Gesamtrechten. Hierher gehört vor allem das Stimmrecht (§ 252). Ferner aber auch das Recht auf Einhaltung aller Vorschriften, durch welche die ordnungsmäßige Ausübung des Stimmrechts gesichert werden soll. So z. B. der Vorschriften über Berufung der Generalversammlung, Ankündigung der Tagesordnung, Einsicht von Vorlagen und Abschriftserteilung (§ 263), Gewährung des Zutritts zur Versammlung, Zulassung ordnungsmäßiger Erörterung auf derselben

und Protokollierung eines Widerspruchs (unten Anm. IVa 6), Art der Beschlußfassung. Auch die Vorschriften über erforderliche Mehrheiten (dagegen RG. 60 414, wo abweichend als Merkmal eines Sonderrechts vorausgesetzt, daß es nicht den Beschränkungen der §§ 271 ff. unterliege). Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen wegen eines das Sonderrecht verletzenden Verstoßes gegen das Verfahren ist indessen nur beschränkt zulässig (§ 273 Anm. IIb 2). — Während das Recht auf Zulassung zu einer dem Gesetz und der Satzung gemäßen Mitwirkung ein Sonderrecht ist, liegt in dem Mitwirken selbst die (anteilige) Ausübung eines Gesamtrechts. — Die zu 5 und 10 erwähnten Sonderrechte werden nicht selten (z. B. M. 154, RG. 51 91) unter der Bezeichnung „Individualrechte" zusammengefaßt.

6. Recht auf Feststellung des verdienten Reingewinns. Das Recht auf Feststellung des verdienten Reingewinns in der Bilanz, insbesondere auf Einhaltung der hierauf bezüglichen Bilanzvorschriften, sowie das Recht auf Fassung eines diesem Bilanzinhalt entsprechenden Gewinnverteilungsbeschlusses bestehen jedoch als Sonderrechte nur in engen Grenzen; im übrigen bestehen nur Gesamtrechte dieses Inhalts (§ 213 Anm. II b, c 2). Ob überhaupt ein Sonderrecht oder vielmehr nur ein Gesamtrecht besteht dahin gehend, daß überhaupt ein Bilanzfeststellungsbeschluß gefaßt wird, vgl. § 264 Anm. I. — Hierher gehört auch der Anspruch, daß — mangels gegenteiliger Satzungsbestimmung (§ 213 Anm. II d) — der verteilbare Reingewinn nicht durch vorweg entnommene Schenkungen verkürzt werde (vgl. § 250 Anm. IV b 3). Auf Unterlassung derjenigen Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird (BGB. § 534), hat der Aktionär kein Sonderrecht, denn da die Verkehrssitte dergleichen Schenkungen erfordert, so ist im Zweifel nach BGB. § 157 (welcher mindestens entsprechend anzuwenden, § 188 Anm. I) anzunehmen, daß die Aktionäre solchen Aufwendungen von vornherein sich unterworfen haben (RG. 3 135). Eine Verletzung des Sonderrechts liegt daher nicht in einer in jenen Grenzen sich haltenden Zuwendung an Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats (ROH. 22 281, § 243 Anm. II f; vgl. § 245 Abs. 3). Aber ebensowenig in einer jene Grenzen einhaltenden Zuwendung an untere Beamte der AG. z. B. durch Verteilung von Gratifikationen (vgl. RG. 6 VII 95 JW. 454[11]) oder durch Gründung eines Beamtenunterstützungsfonds (vgl. KB. 94; dagegen RG. 40 35 wohl nur, weil in dem betreffenden Einzelfall die Satzung als eine gegenteilige Bestimmung enthaltend ausgelegt wurde; vgl. auch RG. 6 VII 95 JW. 454[10]). — Das Recht auf Zahlung des durch Gewinnverteilungsbeschluß zur Verteilung angewiesenen Reingewinns ist kein Sonderrecht, weil bereits gleichzeitig mit dem Gewinnverteilungsbeschluß jenes Recht sich von der Mitgliedschaft loslöst und zu einem Gläubigerrecht wird (§ 213 Anm. II c 3). Vor der Feststellung ist jedoch das bedingte Recht auf Zahlung des etwa festzustellenden Reingewinns ein Sonderrecht. — Über das Recht auf Bauzinsen vgl. unten Anm. III.

7. Bezugsrecht. Vgl. § 282.

8. Recht auf Ausschüttung des nach Auflösung auf den Anteil etwa entfallenden Vermögensbruchteils (D. 163; vgl. § 300 Anm. IIb). Auch hier (wie entsprechend zu 6) wird demnächst — und zwar wohl so oft ein Überschuß von versilbertem Vermögen vorhanden (§ 300 Anm. IIb) — das bis dahin bestehende bedingte Sonderrecht (vgl. D. 143) zum Gläubigerrecht. Über den in dem bedingten Sonderrecht liegenden Anspruch auf Unterlassung reiner Schenkungen aus dem Gesellschaftsvermögen vgl. § 250 Anm. IIc 6, IVb 3. Eine der Verkehrssitte entsprechende Schenkung verletzt das Sonderrecht nicht, auch wenn sie erst während Liquidation und mit Rücksicht auf die bei der Liquidation gehabten Bemühungen erfolgt (ROH. 24 225). — Über die Frage, ob ein Beschluß, wonach die binnen bestimmter Frist nicht erhobenen Vermögensanteile verfallen, eine Verletzung des Sonderrechts enthält, vgl. § 300 Anm. IId. — Kein Sonderrecht besteht des Inhalts, daß die Abwicklung durch Liquidation und nicht durch Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen erfolge (RG. 56 295). Ebensowenig ein Sonderrecht auf Versilberung statt Verteilung in Natur (§ 298 Anm. IIb). — Über die

Rechte der bisherigen Aktionäre im Fall der Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen unter Liquidationsausschluß vgl. § 304 Anm. IV e.

9. Recht auf Nichtbelastung über das bei Entstehung des betreffenden Anteilrechts übernommene Maß hinaus. Vgl. § 211 Anm. IV, § 276 Anm. IV, V.

10. Recht auf Beseitigung gesetz- oder satzungswidriger Generalversammlungsbeschlüsse und auf Feststellung der Nichtigkeit der Eintragung als AG. Über die Grenzen dieses Rechts vgl. §§ 271 ff., 309 ff. Ein Sonderrecht auf Beseitigung des Beschlusses besteht auch, wenn nur ein Minderheits- oder Sondergattungsrecht verletzt ist (§ 271 Anm. III; vgl. jedoch § 271 Abs. 3 Satz 2).

11. Recht auf Nichterteilung der Entlastung an Gesellschaftsbeamte vor deren Rechnungslegung an die Gesellschaft (RG. 34 58; vgl. § 260 Anm. IV a, § 231 Anm. II b).

d. **Beispiele satzungsmäßiger Sonderrechte.**

1. Recht auf Auflösung der AG. nach Ablauf der in der Satzung bestimmten Zeitdauer der AG. Vgl. § 274 Anm. I c.

2. Recht auf Mitgebrauch von Gesellschaftsgegenständen, z. B. Besuch eines Zoologischen Gartens, einer Lesehalle, eines Theaters, freie Eisenbahnfahrt. Ein solches Recht hat nicht die Eigenschaft eines Rechts auf einen Sondervorteil nach § 186 Abs. 1 (§ 186 Anm. I a 4). Daher ist der allgemeine Anspruch (zum Unterschied von dem fälligen Recht auf den Gebrauch im Einzelfall nicht Gläubigerrecht, sondern Mitgliedschaftsrecht, und es kann sich nur fragen, inwieweit dies Mitgliedschaftsrecht ein Gesamtrecht oder ein Sonderrecht ist. Für die letztere Frage sind mangels gegenteiliger Satzungsbestimmung entsprechende Grenzen zu ziehen wie hinsichtlich der Rechte, die bezüglich des Reingewinns bestehen (oben zu c 6). Daraus folgt, daß im Zweifel derartige Rechte für die Zukunft durch Satzungsänderungsbeschluß unter Beobachtung der in § 275 vorgeschriebenen Mehrheiten beschränkt oder aufgehoben werden dürfen (dagegen Lehmann ArchBürgR. 9 390).

III. **Gläubigerrechte des Aktionärs.** Ein Aktionär kann, wie jeder Dritte, Rechte gegenüber der Gesellschaft (unter Umständen auch gegen die handelnden Personen) aus Willenserklärungen, insbesondere Verträgen, und aus unerlaubten Handlungen erwerben. Diese von dem Bestehen der Mitgliedschaft unabhängigen Rechte werden in der Regel als Gläubigerrechte bezeichnet. Hierher gehören außer den Rechten aus gewöhnlichen Kauf-, Miet-, Darlehnverträgen usw. auch z. B. die Rechte aus Zusicherung besonderer Vorteile bei Gründung (§ 186 Anm. I), aus Überlassungsverträgen (§ 186 Anm. III b), aus Zusicherung von Belohnung oder Entschädigung für Gründung (§ 186 Anm. V), aus dem Anstellungsvertrag als Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied. Die Eigenschaft als Gläubigerrecht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Entstehung des Rechts ursprünglich mit der damaligen Eigenschaft des Berechtigten als Aktionär zusammenhing, wenn nur demnächst das Recht unabhängig von jenem Zusammenhang geworden ist. Daher gehört hierher auch der Anspruch auf den festgestellten Gewinnanteil (oben Anm. III c 6) und auf den zur Verteilung verfügbaren Vermögensbruchteil nach Gesellschaftsauflösung (oben Anm. III c 8) oder nach erfolgter Herabsetzung zwecks Rückzahlung und Ablauf der Sperrzeit (§ 289 Anm. IV e), das Nachbezugsrecht (§ 185 Anm. II a), das Recht auf Bauzinsen (§ 215 Anm. II b), das durch Stellung des Verlangens (§ 282 Anm. II b) geltendgemachte Bezugsrecht (§ 282 Anm. II a), das Recht aus einem Genußschein (§ 179 Anm. IV a 3, RG. 17 VI 01 JW. 576 [13]). Gläubigerrecht ist ferner das Recht auf Inanspruchnahme von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern wegen Mitwirkung bei rechtswidriger Verletzung von Sonderrechten (§ 241 Anm. IV c, § 249 Anm. IV). Ebenso das Recht, die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit einer Rechtshandlung der AG. außerhalb des Verfahrens der §§ 271 ff. geltend zu machen, in den Grenzen, in denen ein solches Recht überhaupt besteht (§ 273 Anm. II). — Wie Gläubigerrechte, können auch Pflichten des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses begründet werden (RG. 47 186, § 212 Anm. III a).

IV. **Generalversammlung.** Sie ist, ebenso wie Vorstand und Aufsichtsrat, eine Behörde der Gesellschaft (RG. 55 326), nicht die Verkörperung der Gesellschaft.

a. **Verfahren bei Geschäftsführung.**

1. Berufung. Vgl. §§ 253—255. Über den Ort, an welchem die Generalversammlung stattzufinden hat, vgl. unten zu 4.
2. Vorbereitung der Verhandlung; insbesondere Tagesordnung und Anträge. Vgl. §§ 256, 257. Über Vorbereitung der Bilanz-, Gewinnverteilungs- und Entlastungsbeschlüsse vgl. §§ 260 Abs. 2, 263.
3. Protokoll und Aktionärverzeichnis. Vgl. §§ 258, 259.
4. Ort. Das Schweigen des Gesetzes über den Ort der Tagung der Generalversammlung ist nicht dahin auszulegen, daß die jedesmalige Wahl des Orts dem Belieben des Vorstands oder Aufsichtsrats überlassen sei; das Gesetz geht davon aus, daß der Sitz der Gesellschaft (§ 182 Anm. IV b 2) auch den Ort bedinge, an welchen die Generalversammlung der Aktionäre zu berufen sei (RG. **44** 9, Staub[8]-Pinner § 256 Anm. 32, Ring § 255 Nr. 2, Goldmann Nr. 2; a. M. früher Pinner § 253 Anm. I). Eine abweichende Regelung durch Satzungsbestimmung ist jedoch zulässig (RG. **44** 10). Nicht auch eine abweichende Bestimmung durch Beschluß der Generalversammlung (so wohl RG. a. a. O.). Ausgeschlossen ist nicht, daß durch Satzungsbestimmung die Auswahl des Orts — unbeschadet des Sitzes (§ 182 Anm. IV a, § 250 Anm. IV b 1) — dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat überlassen wird. — Daß wegen der Bestimmungen in §§ 196, 254 die Satzung mindestens wahlweise stets auch die Berufung der Generalversammlung an einen innerhalb des Bezirks des Registergerichts des Sitzes gelegenen Ort zulassen müsse (Esser Anm. 4), ist nicht zuzugeben. Aus § 254 ist hierüber nichts zu entnehmen; um die in § 196 Abs. 2 vorgeschriebene Leitung kann nötigenfalls im Weg der Rechtshilfe (FGG. § 2) ein anderes Registergericht ersucht werden.
5. Vorsitz. Das HGB. enthält — mit Ausnahme der für die Errichtungsversammlung geltenden Sonderbestimmung des § 196 Abs. 2 — keine Vorschrift darüber, wer den Vorsitz in der Generalversammlung zu führen hat. Durch Satzungsbestimmung wird in der Regel der Vorsitz dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats übertragen. Mangels einer Satzungsbestimmung kann die Generalversammlung ein anwesendes Vereinsmitglied (und wenn niemand widerspricht, auch eine andere Person) zum Vorsitzenden bestellen. Daß die Versammlung nicht dauernd ohne einen Vorsitzenden tagen darf, ergibt sich aus der Formvorschrift des § 258, wonach der Vorsitzende das Verzeichnis der anwesenden Aktionäre zu unterzeichnen hat. Ordnet auf Verlangen von Aktionären das Gericht die Berufung der Generalversammlung oder die Ankündigung eines Gegenstands zur Beschlußfassung an, so kann es zugleich über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung treffen (§ 254 Abs. 3). Man wird nicht annehmen können, daß der durch Satzungsbestimmung (oder durch das Gericht) zum Vorsitzenden Berufene durch sein Fernbleiben die Abhaltung der Versammlung unmöglich machen könne (so LG. I Berlin KGJ. **3** 19); vielmehr hat sein Fernbleiben nur die Folge, daß nunmehr die Generalversammlung selbst ihren Vorsitzenden wählen darf.
6. Geschäftsordnung. Die Generalversammlung ist befugt, innerhalb der durch Gesetz und Satzung gezogenen Grenzen über die Handhabung der Geschäftsordnung in der betreffenden Versammlung zu entscheiden und auch ohne besondere Ankündigung Beschlüsse hierüber zu fassen (RG. **36** 26), insbesondere auch Vertagung zu beschließen (vgl. § 264 Anm. I). Doch hat der einzelne anwesende Aktionär ein Sonderrecht darauf, daß vor der Beschlußfassung eine ordnungsmäßige Erörterung zugelassen wird (RG. **36** 26; vgl. auch § 256 Abs. 2, 3, § 257, § 264: „Verhandlung"). In welchen Grenzen ein solches Sonderrecht besteht, ist nach den allgemeinen Regeln der Redeordnung in Versammlungen zu beurteilen (Behrend § 122 bei Anm. 25a, Pinner § 251 Anm. I 2, Einzelheiten bei Staub[8]-Pinner § 256 Anm. 16ff., Esser Anm. 6). In diesen Regeln liegt eine gemäß Verkehrssitte (BGB. § 157, Makower[12] EGHGB. Art. 2 Anm. III) allgemeingültige Vermittelung zwischen den hierauf bezüglichen Sonderrechten und den Rechten der Mehrheit (abw. Staub[8]-Pinner § 256 Anm. 15, der Handelsgewohnheitsrecht annimmt, Ring § 258 Nr. 1, der Gewohnheitsrecht und anscheinend auch Verkehrssitte leugnet). Das Reichsgericht

(RG. 36 26, RG. 3 III 04 HoldheimsMSchr. 166) bemerkt: „Es steht der Generalversammlung zwar zu, der Diskussion gewisse Grenzen zu ziehen, sie kann den Schluß der Debatte beschließen, unter Umständen auch von vornherein die Dauer der Redezeit für die einzelnen Redner einschränken. Es dürfen aber, namentlich im letzteren Falle, die Grenzen nicht so eng gesteckt werden, daß dadurch eine sachgemäße Erörterung unmöglich gemacht wird." Indessen müssen auch in dieser Beziehung lediglich die allgemeinen Regeln der Redeordnung entscheiden. Der einzelne Aktionär hat ein Sonderrecht auf Protokollierung eines von ihm mit dem Ersuchen um Aufnahme in das Protokoll erklärten Widerspruchs (§ 259 Anm. II b); es sei denn, daß (z. B. wegen beleidigender Form) in der Protokollierung ein Mitwirken an einer strafbaren Handlung liegen würde (§ 259 Anm. II a 4). — Ob die Anfechtung eines Beschlusses auf einen Verstoß gegen die Geschäftsordnung gegründet werden kann, vgl. § 271 Anm. III.

7. Abstimmung. Vgl. §§ 251, 252. — Falls nicht die Satzung eine Beschränkung enthält, wonach nur bei Anwesenheit einer bestimmten Zahl von Stimmberechtigten Beschlüsse zulässig sind, so kann auch ein einzelner Stimmberechtigter gültige Beschlüsse fassen (§ 251 Anm. I a). Ist eine Beschränkung bezüglich der Beschlußfähigkeit vorhanden, so sind bei Feststellung der Beschlußfähigkeit (im Gegensatz zu den für die Abstimmung geltenden Regeln, § 251 Anm. I c) im Zweifel alle Anwesenden, auch die nicht stimmenden mitzuzählen. Über die Art der Abstimmung vgl. § 251 Anm. II. — Daß Wahlzettel den Wohnort des Gewählten enthalten müssen, ist im Gesetz nicht bestimmt; eine einseitig vom Vorstand vor der Wahlhandlung abgegebene Erklärung, die dieses Erfordernis aufstellt, ist unverbindlich (RG. 53 292).

8. Nicht-Öffentlichkeit. Die Generalversammlung ist eine Versammlung von Aktionären und der zur Ausübung der Rechte anderer Aktionäre befugten Vertreter oder Bevollmächtigten. Notwendig ist ferner die Anwesenheit eines Richters oder Notars (§ 259). Darüber, ob die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats (soweit nicht das Gesetz deren Anwesenheit für notwendig erklärt, § 196 Abs. 3) oder ob bestimmte andere Personen (z. B. Rechtsbeistände der Gesellschaft oder einzelner Aktionäre) zuzulassen, oder ob die Versammlung unbeschränkt öffentlich sein soll, beschließt — mangels Satzungsbestimmungen — die Versammlung mit einfacher Stimmenmehrheit. Die tatsächliche Anwesenheit anderer Personen macht die Beschlußfassung nicht anfechtbar gemäß § 271, außer wenn ein Beteiligter widersprochen und die Versammlung demgemäß beschlossen hat oder eine Abstimmung hierüber abgelehnt ist. — Über Teilnahme nicht stimmberechtigter Aktionäre vgl. § 255 Anm. III g, IV.

b. **Umfang der Geschäftsführungsbefugnis.**

1. Grundsatz. Zur Anwendung kommt (Vorbem. II vor § 178) BGB. § 32 Abs. 1 Satz 1:

„Die Angelegenheiten des Vereins werden, soweit sie nicht von dem Vorstand oder einem anderen Vereinsorgane zu besorgen sind, durch Beschlußfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet."

Hiernach ist die Generalversammlung zuständig für alle Geschäfte, für welche nicht ausschließliche Zuständigkeiten anderer Vereinsbehörden begründet sind (ebenso Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 1, ähnlich Pinner Anm. I; dagegen Simon § 5 Anm. 49 und in ZHR. 49 14). Inhaltlich ist die Generalversammlung bei ihren Beschlüssen beschränkt durch die Notwendigkeit, eine Verletzung von Gesetz, Satzung oder Sonderrecht zu vermeiden (§ 271, § 241 Abs. 4, § 249 Abs. 3). Es besteht keine Vorschrift des öffentlichen Rechts, daß die Generalversammlung einen dem ursprünglichen Gesellschaftszweck oder dem satzungsgemäßen Gegenstand des Unternehmens widerstreitenden Beschluß nicht fassen dürfe (dagegen, wie es scheint, RG. 3 134). Insbesondere über Schenkungsbeschlüsse vgl. nachstehend zu 3. Über Verfolgung eines nach der Satzung nicht bestehenden politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zwecks vgl. zu BGB. § 43 (hinter HGB. § 319). — Insoweit nicht aus der einzelnen Vorschrift das Gegenteil erhellt (z. B. § 326 Abs. 1 Satz 2), können die Befugnisse, die das Gesetz der Generalversammlung zuweist, weder durch Satzungsbestimmung (§ 182 Anm. IV a) noch durch Generalversammlungsbeschluß auf andere Be-

hörden übertragen werden; unübertragbar sind nach M. 150 insbesondere: Beschlüsse über Satzungsänderung (vgl. § 274 Anm. I a; Ausnahme: Fassungsänderungen § 274 Abs. 1 Satz 2), Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals, Wahl und Widerruf der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern, Zustimmung zu Vergleichen oder Verzichten über Ansprüche aus Gründung und zu Nachgründungen, Genehmigung der Bilanz. Ebenso nach D. 146 der Gewinnverteilungs- und Entlastungsbeschluß. Ob das Recht zur Entgegennahme der Schlußrechnung bei Liquidation übertragbar, vgl. § 302 Anm. II b.

2. Die einzelnen im HGB. erwähnten Beispiele. Ausdrücklich (außer der allgemeinen Bestimmung des § 250) sind der Generalversammlung im HGB. folgende einzelne Geschäfte zugewiesen:

α. Wahl des ersten Aufsichtsrats, und im Zweifel auch des ersten Vorstands, bei Stufengründung (§ 190 Abs. 2, 3).

β. Errichtung der AG. bei Stufengründung (§ 196; erschwerte Mehrheit).

γ. Zustimmung zu Vergleichen oder Verzichten bei Ansprüchen aus Gründung (§ 205; hierbei Minderheitsrecht).

δ. Zustimmung bei Nachgründungen (§ 207; erschwerte Mehrheit; bei KAG. § 324) und Zustimmung zu Nachgründung gemäß Vereinbarung der Gründer vor Eintragung (§ 208; hierbei Minderheitsrecht).

ε. Zustimmung zur Übertragung von Kleinanteilrechten, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft ist (§§ 222, 224).

ζ. Festsetzung der (für das innere Verhältnis maßgebenden) Vertretungsbefugnis des Vorstands (§ 235), insbesondere seiner Befugnis zur Ernennung von Prokuristen (§ 238).

η. Wahl der Aufsichtsratsmitglieder (§ 243 Abs. 1—3).

ϑ. Widerruf der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 243 Abs. 4; erschwerte Mehrheit).

ι. Satzungsänderung betreffend Herabsetzung der Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder (§ 245 Abs. 2), Bewilligung einer Vergütung für die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats (§ 245 Abs. 3).

κ. Wahlen (§ 251 Abs. 2).

λ. Beschluß darüber, ob die Gesellschaft diejenigen Kosten tragen soll, die durch eine auf Verlangen von Aktionären notwendig gewordene Berufung der Generalversammlung oder Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung entstanden sind (§ 254 Abs. 4).

μ. Beschluß über Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung (§ 256 Abs. 3).

ν. Genehmigung der Jahresbilanz, Beschluß über Gewinnverteilung sowie über Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats (§ 260).

ξ. Beschluß über Verwendung von Zuzahlungen, die zwecks Erwerbung von Vorzugsrechten erfolgen (§ 262 Nr. 3).

ο. Vertagung der Verhandlung über Genehmigung der Bilanz (§ 264; hierbei Minderheitsrecht).

π. Bestellung von Revisoren zur Prüfung der Bilanz oder zur Prüfung von Vorgängen bei Gründung oder Geschäftsführung (§ 266; hierbei ein außerhalb der Generalversammlung geltend zu machendes Minderheitsrecht).

ρ. Beschluß darüber, ob die Gesellschaft die Kosten einer vom Gericht auf Antrag angeordneten Revision tragen soll (§ 267 Abs. 3).

σ. Beschluß über Geltendmachung von Ansprüchen aus Gründung oder Geschäftsführung (§ 268 Abs. 1; hierbei Minderheitsrecht; über Verzicht oder Vergleich vgl. § 270) und Wahl besonderer Vertreter zur Führung eines hierauf bezüglichen Rechtsstreits (§ 268 Abs. 2; hierbei ein außerhalb der Generalversammlung geltend zu machendes Minderheitsrecht; bei KAG. § 328 Abs. 2).

τ. Satzungsänderung (§§ 274 Abs. 1, 275, 276; erschwerte Mehrheit; bei Benach-

teiligung einer Gattung: Sondergattungsrecht), insbesondere Erhöhungsbeschluß (§ 278; erschwerte Mehrheit, Sondergattungsrecht) und Herabsetzungsbeschluß (§ 288; erschwerte Mehrheit, Sondergattungsrecht).

υ. Beschluß über Abweichungen vom gesetzlichen Bezugsrecht (§ 282).

φ. Auflösung der AG. (§ 292 Nr. 2; erschwerte Mehrheit; für KAG. § 330 Abs. 3: Kündigung, Zustimmung zu Auflösung oder zu Antrag auf gerichtliche Auflösung).

χ. Bestellung besonderer Liquidatoren (§ 295 Abs. 1; hierbei ein außerhalb der Generalversammlung geltend zu machendes Minderheitsrecht; für KAG. § 331).

ψ. Abberufung nicht vom Gericht bestellter Liquidatoren (§ 295 Abs. 3).

ω. Zustimmung zur Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen (§ 303; erschwerte Mehrheit).

αα. Zustimmung zur Vereinbarung betreffs Unterbleiben der Liquidation bei Übernahme des Vermögens im ganzen durch das Reich, einen Bundesstaat oder einen inländischen Kommunalverband (§ 304 Abs. 2; erschwerte Mehrheit) oder durch eine andere AG. oder KAG. (§ 306 Abs. 1; erschwerte Mehrheit).

ββ. Beschluß über Fortsetzung der Gesellschaft nach Auflösung in bestimmten Fällen (§ 307).

γγ. Beschluß betreffend Heilung bestimmter wesentlicher Mängel der Satzung (§ 310; erschwerte Mehrheit).

Bezüglich der Generalversammlung der KAG. ferner:

δδ. Einwilligung zum Betrieb von Sondergeschäften durch persönlich haftende Gesellschafter oder Übertragung des Einwilligungsrechts an den Aufsichtsrat (§ 326 Abs. 1).

εε. Umwandlung in eine AG. (§ 332; erschwerte Mehrheit).

3. Schenkungen. Eine allgemeine gesetzliche Beschränkung der Generalversammlung des Inhalts, daß sie Schenkungen nicht beschließen dürfe, ist nicht anzuerkennen; ebenso wenig wie beim Vorstand (vgl. § 235 Anm. II). In bestimmten einzelnen Fällen sind allerdings Schenkungen auch durch öffentliches Recht verboten; vgl. namentlich §§ 221, 241 Abs. 3). Für andere als diese einzelnen Fälle kann demgemäß die Satzung ausdrücklich Schenkungen anordnen. Dies geschieht z. B. häufig bei denjenigen AG., welche gemeinnützige Zwecke verfolgen (§ 213 Anm. II d). Aber auch soweit keine ausdrückliche Anordnung oder Ermächtigung durch Satzungsbestimmung vorliegt, ist ein Schenkungsbeschluß für an sich zulässig zu erachten (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 7; einschränkend Goldmann Nr. 1). Aus den Worten „in den Angelegenheiten der Gesellschaft" in § 250 ist nicht Gegenteiliges zu entnehmen (a. M. Pinner Anm. III 1), denn § 250 enthält überhaupt nur eine Begrenzung des Rechts der einelnen Aktionäre, nicht eine Begrenzung des Rechts der Generalversammlung als Behörde. Eine hiervon verschiedene Frage ist, ob durch einen ohne entsprechende Satzungsbestimmung ergangenen Schenkungsbeschluß Sonderrechte der nicht zustimmenden Aktionäre verletzt werden. In Betracht kommen namentlich das Sonderrecht auf Feststellung des verdienten Reingewinns als verteilbar (oben Anm. III c 6) und das bedingte Sonderrecht auf Zahlung eines Vermögensbruchteils nach Gesellschaftsauflösung (oben Anm. III c 8), je nachdem die Schenkung aus dem Reingewinn oder aus dem Grundvermögen entnommen werden soll. Über Zuwendungen an Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder über das durch den Anstellungsvertrag gebotene Maß hinaus, vgl. § 243 Anm. II f. — Der Schenkung steht gleich die Übernahme fremder Verbindlichkeiten, die Verpfändung des Gesellschaftsvermögens für eine fremde Schuld oder die Übernahme einer Bürgschaft ohne besondere Umstände, die ein eigenes Interesse der AG. für die betreffende Rechtshandlung begründen (RG. 3 135).

c. **Umfang der Vertretungsmacht.**

1. Regel. Als Regel gilt, daß der Generalversammlung keine Vertretungsmacht zusteht (RG. **43** 286). Betrifft der Beschluß ein Vertragsverhältnis zu einem Aktionär, und hat (soweit dies überhaupt zulässig, § 252 Anm. V b 3) der Aktionär an der Beschlußfassung teilgenommen, so steht dies — da die Generalversammlung hierbei nicht Vertreterin der AG. bei Entgegennahme von Willenserklärungen — nicht der Abgabe einer demnächstigen

gegenteiligen Erklärung durch denselben Aktionär als Vertragschließenden entgegen (RG. 22 IX 93 in JW. 488[14] und bei Bolze 17 Nr. 529), auch ohne daß er bei seiner Abstimmung einen Vorbehalt gemacht hat (dagegen RG. a. a. O.). Wenngleich hiernach für das Rechtsverhältnis der AG. zum einzelnen Aktionär die Generalversammlung nicht Vertreterin der AG. ist, so ist sie doch Parteibehörde und kann deshalb nicht zum Schiedsrichter zwischen AG. und Aktionär bestellt werden (RG. 55 326).

2. Zustimmungsbeschlüsse. Nach § 235 Abs. 2 ist unwirksam gegenüber Dritten die (durch Willenserklärung erfolgende, § 235 Anm. III b 1) Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands durch Erfordern der Zustimmung der Generalversammlung für einzelne Geschäfte. Aber selbst soweit eine derartige gesetzliche und daher (in der Regel, § 235 Anm. III a, b 1) gegenüber Dritten wirksame Beschränkung des Vorstands durch Erfordern der Zustimmung der Generalversammlung besteht, kann zweifelhaft sein, ob in der Zustimmung bereits eine nach außen wirkende Erklärung liegt (so bezüglich § 205: Pinner § 250 Anm. II), oder ob nicht vielmehr die Zustimmung erst dann bindend für die Gesellschaft wird, wenn der Vorstand dem Dritten den Zustimmungsbeschluß mitteilt, so daß bis dahin die Generalversammlung einseitig den früheren Beschluß abändern oder aufheben kann. Der letzteren Ansicht wird der Vorzug zu geben sein (vgl. entsprechend BGB. § 1829 Abs. 1 Satz 2, HGB. § 125 Anm. III d 1, so wohl auch RG. 17 XI 05 JW. 06 46[60]; BGB. § 182 ist nicht unmittelbar anwendbar, weil die Generalversammlung kein „Dritter", sondern nur ein zweiter Vertreter der gleichen Person ist). Geht man hiervon aus, so wird in den Fällen notwendiger Zustimmung der Generalversammlung auch dann nicht bereits durch den Zustimmungsbeschluß die Erklärung der Gesellschaft nach außen zur unbedingten, wenn schon vorher der Vorstand seinerseits eine zustimmende Erklärung nach außen abgegeben hatte (dagegen ROH. 23 279). — In den Fällen dagegen, in denen die Zustimmung nicht gegenüber einem Dritten, sondern gegenüber einem Aktionär als solchem zu erteilen ist (z. B. bei Zustimmung zur Übertragung von beschränkt übertragbaren Anteilrechten), wird die Zustimmungserklärung der Generalversammlung (und unter Umständen außerdem des Aufsichtsrats) als unmittelbar wirksam zu erachten sein. — Über Erklärungen der Generalversammlung einer KAG. gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern vgl. § 330 Anm. I c. Über den entsprechenden Fall einer Erklärung des Aufsichtsrats gegenüber Vorstandsmitgliedern vgl. § 247 Anm. II.

3. Wahlen, Anstellungsverträge, Entlastung. Die Generalversammlung hat im Zweifel Vertretungsmacht jedenfalls, insoweit es sich darum handelt, die Mitglieder für die Behörden der AG. zu bestellen: die — mangels anderweiter ausschließlicher Zuständigkeiten — von der Generalversammlung Ernannten gelten auch gegenüber Dritten als Mitglieder der betreffenden Behörden. Da aber eine solche Bestellung von Vertretern in der Regel nicht ohne Eingehung eines Vertragsverhältnisses mit den zu Bestellenden ausführbar ist, so wird angenommen werden müssen, daß im Zweifel die Vertretungsmacht der Generalversammlung sich auch hierauf erstreckt (Behrend § 121 Anm. 8, Staub[8]-Pinner Anm. 5, Ring Nr. 2, Mosse Anm. 4, Goldmann Nr. 3; dagegen früher Pinner Anm. II). Bezüglich des Vertrags mit den Mitgliedern des Aufsichtsrats vgl. § 243 Anm. II e. Bezüglich des Vertrags mit den Mitgliedern des Vorstands besteht gesetzlich (§ 247 Abs. 1) daneben die Vertretungsmacht des Aufsichtsrats; durch Satzung ist der Aufsichtsrat in der Regel sogar für ausschließlich zuständig erklärt. Über Einwilligung zu Sondergeschäften der Vorstandsmitglieder vgl. § 236 Anm. II. Über Bestellung besonderer Behörden neben Vorstand und Aufsichtsrat vgl. 231 Anm. I; über Bestellung von Revisoren § 266 Anm. II, über Bestellung besonderer Vertreter der AG. für einzelne Angelegenheiten vgl. § 268 Anm. IV § 247 Anm. II. Entsprechend der Schaffung von Rechten durch den Anstellungsvertrag kann die Generalversammlung durch den Entlastungsbeschluß auch auf die Geltendmachung etwaiger Ansprüche aus der Geschäftsführung verzichten (§ 260 Anm. IV a).

4. Bilanzgenehmigungs- und Gewinnverteilungsbeschluß. Dem Beschluß, durch welchen eine Bilanz genehmigt wird, kommt nicht eine Art Rechtskraft zu; er entscheidet nicht über die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern und der AG., sondern

bringt nur den Willen der AG. zum Ausdruck, daß der vorgelegte Bilanzentwurf fortan als die vom Gesetz verlangte Bilanz gelten soll. Dieser Wille ist nicht schon deshalb einer späteren Abänderung entzogen, weil er überhaupt zum Ausdruck gekommen ist. Ob die Abänderung wirksam oder unwirksam ist, richtet sich vielmehr danach, ob der geänderte Wille einen gesetzmäßigen Zustand herstellt oder rechtsverletzend ist (RG. 82 95). Über die Einwirkung einer Abänderung des Gewinnverteilungsbeschlusses auf bereits erworbene Gläubigerrechte auf Gewinnverteilung vgl. § 213 Anm. II c 3.

5. Übernahme der Kosten, welche durch die Ausübung bestimmter Minderheitsrechte entstanden sind. Vgl. § 254 Anm. V, § 267 Anm. III.

§ 251.

Beschlußfassung.

Die Beschlüsse der Generalversammlung bedürfen der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (einfache Stimmenmehrheit), soweit nicht durch das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit oder sonstige Erfordernisse vorgeschrieben sind.

Für Wahlen können im Gesellschaftsvertrag andere Bestimmungen getroffen werden.

ADH. Art. 209a Abs. 1 Nr. 5. **Entw. I** § 231. **Entw. II** § 246.

I. **Einfache Stimmenmehrheit.** Hierunter ist nach § 251 Abs. 1 die Mehrheit der abgegebenen Stimmen verstanden. Durch die Fassung soll zugleich klargestellt werden, daß dieser Ausdruck überall im Gesetz die gleiche Bedeutung hat (D. 144).

a. **Mehrheit.** Dies schließt auch den Fall ein, daß nur eine Stimme abgegeben wird. Die Generalversammlung kann auch bei Anwesenheit nur eines Aktionärs stattfinden und gültig beschließen (RG. 34 116, BGB. § 32 Abs. 1 Satz 3). Da eine Mehrheit erforderlich, so ist ausgeschlossen die Zulässigkeit eines Stichentscheids des Vorsitzenden oder einer Losziehung bei Stimmengleichheit. Bei Stimmengleichheit ist der gestellte Antrag nicht angenommen, umgekehrt aber auch nicht abgelehnt (zust. Ring Nr. 1, Staub[8]-Pinner Anm. 1). Die Ansicht, wonach bei Stimmengleichheit der Antrag als abgelehnt gilt (so Pinner Anm. II, Staub[7] Anm. 1, Goldmann Nr. 1), würde dazu führen, daß wenn zwei einander entgegengesetzte Anträge vorliegen, das Ergebnis der Abstimmung davon abhängen würde, welchen dieser Anträge der Vorsitzende zuerst zur Abstimmung bringt.

b. „**Der abgegebenen Stimmen**", d. h. aller abgegebenen Stimmen. Hierdurch wird ausgedrückt, daß nur die absolute Mehrheit entscheidet (D. 144), daß also kein Beschluß, zu welchem einfache Stimmenmehrheit erforderlich ist, gefaßt ist, solange nicht die Mehrheit aller abgegebenen Stimmen sich dafür erklärt hat.

c. **Abgegebene** Stimmen nur werden gezählt (RG. 20 143). Abgegeben in diesem Sinn sind nur die in gültiger Weise abgegebenen (ebenso Rudorff zu Abs. 1). Stimmen, die in ungültiger Weise abgegeben worden sind, werden ebensowenig berücksichtigt wie Stimmen, mit denen Anwesende sich der Abstimmung enthalten haben. — Über den Ausdruck „bei der Beschlußfassung vertretenes Grundkapital" vgl. § 207 Anm. II c.

d. **Stimmen.** Über die Zahl der Stimmen, welche jeder einzelne Anwesende abzugeben berechtigt ist, vgl. § 252.

II. **Art der Abstimmung.** Hierfür sind — ebenso wie für die Verhandlung in Generalversammlungen (§ 250 Anm. IV a 6) — die für alle Versammlungen üblichen Regeln zu grund zu legen (Behrend § 122 bei Anm. 9), soweit nicht die Satzung oder der kein Sonderrecht verletzende Generalversammlungsbeschluß etwas Gegenteiliges bestimmen. Hiernach sind Unteranträge zuerst, weitergehende Anträge vor weniger weitgehenden, Vertagungsanträge vor sachlichen Anträgen zur Abstimmung zu bringen. — Eine Abstimmung durch Zuruf ist nach den üblichen Regeln nur zulässig, wenn auf vorherige Anfrage an die Versammlung, ob diese Abstimmungsart gewählt werden soll, kein Stimmberechtigter Widerspruch erhebt (dagegen Staub[8]-Pinner § 252 Anm. 28). Das Wesen der Abstimmung durch Zuruf

besteht darin, daß nur zu prüfen ist, ob mindestens eine Stimme dem Antrag zustimmt und ob keine widerspricht (dies genügt zur Feststellung der Annahme durch „einfache Stimmenmehrheit", oben Anm. I a); nicht zu prüfen ist bezüglich derjenigen, welche sich nicht äußern, ob sie zustimmen oder sich der Abstimmung enthalten; ebensowenig wird geprüft, wieviele sich zustimmend äußern. Die in Protokollen oft gebrauchte Redewendung „der Antrag wurde einstimmig durch Zuruf angenommen" (insbesondere, wenn gar nicht feststeht, ob alle sich geäußert haben) beruht daher auf einer Verkennung des Wesens einer Abstimmung durch Zuruf. Ist der Vornahme einer Abstimmung durch Zuruf nicht widersprochen worden, erhebt sich aber dennoch bei der darauf folgenden Abstimmung ein sachlicher Widerspruch gegen den zur Abstimmung gebrachten Antrag, so ist hierdurch die Unausführbarkeit dieser Abstimmungsart festgestellt, und es muß nunmehr die Abstimmung in gewöhnlicher Art über denselben sachlichen Antrag herbeigeführt werden (dagegen Staub[s]-Pinner § 252 Anm. 28), da nunmehr für die Ermittelung der Mehrheit die Feststellung erforderlich wird, wieviele von den bisher Schweigenden zustimmen, und wieviele sich enthalten wollen. — Über Beschlußfähigkeit vgl. § 250 Anm. IV a 7.

III. **Beschlüsse, die nicht Wahlen sind** (§ 251 Abs. 1). Dergleichen Beschlüsse bedürfen stets mindestens „einfacher Stimmenmehrheit" (oben Anm. I). Gesetz und Satzung können die Erfordernisse nicht mildern, sondern nur verschärfen. Ein Minderheitsverlangen, selbst wenn es in der Generalversammlung zu stellen ist und ihm nachgekommen werden muß, fällt daher nicht unter den Begriff eines Beschlusses der Generalversammlung (vgl. § 268 Anm. III b). Die Fälle, in denen das Gesetz die Erfordernisse eines Beschlusses verschärft hat, ergeben sich aus der Zusammenstellung in § 250 Anm. IV b 2. Durch Satzung können z. B. auch übereinstimmende Beschlüsse in zwei einander folgenden Versammlungen vorgeschrieben werden (M. 215). Ebenso die Teilnahme einer Mindestzahl von Anteilberechtigten oder (RG. 12 X 03 RGZ. 26 A 231) — soweit dadurch nicht mittelbar die freie Übertragbarkeit von Inhaber-Anteilscheinen beschränkt wird — die Teilnahme einer Mindestzahl von Personen. Ob bei Stimmengleichheit ein Beschluß vorliegt, vgl. oben Anm. I a. Ist zur Annahme eines bestimmten Antrags satzungsmäßig erforderlich, daß eine gewisse Zahl von Personen oder eine gewisse Zahl von Anteilrechten bei der Beschlußfassung vertreten ist, und wird diese Zahl nicht erreicht, so wirkt eine über jenen oder über den Antrag auf Ablehnung des ursprünglichen Antrags etwa dennoch vorgenommene Abstimmung — gleichgültig, wie sie ausfällt — als Nichtannahme beider Anträge, aber andererseits auch nicht als Ablehnung des ursprünglichen Antrags (vgl. entsprechend oben Anm. I a; dagegen Staub[s]-Pinner § 275 Anm. 1). Ob BGB. § 32 Abs. 2 anwendbar, wonach auch ohne Versammlung der Mitglieder ein Beschluß durch schriftliche Zustimmung aller Mitglieder gefaßt werden kann, vgl. § 250 Anm. I d 1. — Zulässig ist, die Beschlüsse als inhaltlich bedingte oder betagte zu fassen. Dies gilt z. B. auch von Satzungsänderungsbeschlüssen (§ 274 Anm. I c 3) und vom Beschluß der Zustimmung zum Vertrag betreffend Übertragung des Vermögens einer AG. im ganzen (§ 304 Anm. II).

IV. **Wahlen** (§ 251 Abs. 2). Als gesetzliche Regel gilt auch hier das Erfordernis einfacher Stimmenmehrheit (Anm. III). Ob daneben auch einstimmige schriftliche Beschlüsse zulässig, vgl. § 250 Anm. I d 1. — Die Satzung kann jedoch andere Bestimmungen treffen, also sowohl mildernde wie verschärfende. So kann sie vorschreiben, daß die verhältnismäßige (relative) Mehrheit genügen oder bei Stimmengleichheit das Los entscheiden soll (D. 144). Sie kann jedoch nicht eine der Generalversammlung gesetzlich zustehende Wahl überhaupt der Generalversammlung entziehen (§ 250 Anm. IV b 1, § 243 Anm. II b). Über bedingte und betagte Wahlen vgl. oben Anm. III, § 231 Anm. II a.

§ 252.

Stimmrecht.

Jede Aktie gewährt das Stimmrecht. Das Stimmrecht wird nach den Aktienbeträgen ausgeübt. Der Gesellschaftsvertrag kann für den Fall, daß ein Aktionär

mehrere Aktien besitzt, die Ausübung des Stimmrechts durch Festsetzung eines Höchstbetrags oder von Abstufungen beschränken. Werden mehrere Gattungen von Aktien ausgegeben, so kann der Gesellschaftsvertrag den Aktien der einen Gattung ein höheres Stimmrecht beilegen als den Aktien einer anderen Gattung.

Das Stimmrecht kann durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. Für die Vollmacht ist die schriftliche Form erforderlich und genügend; die Vollmacht bleibt in der Verwahrung der Gesellschaft.

Wer durch die Beschlußfassung entlastet oder von einer Verpflichtung befreit werden soll, hat hierbei kein Stimmrecht und darf ein solches auch nicht für Andere ausüben. Dasselbe gilt von einer Beschlußfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Aktionär oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft.

Im Uebrigen richten sich die Bedingungen und die Form der Ausübung des Stimmrechts nach dem Gesellschaftsvertrage.

ADH. Art. 221 Abs. 2 (190 Abs. 1—3, 5). . **Entw. I** § 232. **Entw. II** § 247.

I. Stimmrecht notwendiger Bestandteil des Anteilrechts.
II. Nachweis des Stimmrechts.
III. Höhe des Stimmrechts.
IV. Ausübung durch Vertreter.
V. Ausschluß wegen Interessewiderstreit.

I. **Stimmrecht ein notwendiger Bestandteil des Anteilrechts** (§ 252 Abs. 1 Satz 1).

a. **Allgemeines.** Jedes Anteilrecht (§ 179 Anm. II) für sich allein berechtigt nach öffentlichem Recht (§ 252 Abs. 4: „im übrigen", KB. 61) zum Mitstimmen. Eine vollständige Beseitigung dieses Rechts zum Mitstimmen im eigenen Namen (= Stimmrecht) für einzelne Anteilrechte oder einzelne Aktiengattungen ist unzulässig (M. 153, RG. 20 IV 93 JW. 310[1]). Dem Stimmrecht entspricht keine Pflicht zum Stimmen überhaupt, geschweige zur Stimmabgabe in bestimmtem Sinn (RG. 49 145).

b. **Nicht notwendig gewährt jedes Anteilrecht eine Stimme.** Nicht „eine Stimme", sondern das „Stimmrecht" ist jedem Anteilrecht gewährt (Esser Anm. 2). Die Satzung kann daher jedem Anteilrecht eine Mehrheit von Stimmen beilegen (§ 252 Abs. 4). Andererseits ist auch nicht notwendig, daß das Recht zum Mitstimmen in dem Beilegen mindestens „einer Stimme" zum Ausdruck kommt. Denn wenn nur die Selbständigkeit der Ausübung gewahrt bleibt, so ist es gleichgültig, ob man jenes Recht mitzustimmen als ein Recht auf eine Stimme oder auf den Bruchteil einer Stimme bezeichnet (dagegen Esser Anm. 4). Hieraus folgt aber ferner, daß die Sätze 3 und 4 des § 252 Abs. 1 nicht Ausnahmen von Satz 1 und 2, sondern nur von Satz 2 enthalten, wenngleich die Zusammenfassung aller Bestimmungen in einen Absatz dies Verhältnis undeutlich läßt. — Über Mitberechtigung mehrerer an einem Anteil vgl. § 225.

c. **Vor Leistung der Einlage.** Für das Vorhandensein des Stimmrechts ist unerheblich, in welcher Höhe (und bei Nichtbareinlagen auch, ob überhaupt, § 195 Anm. IVa 1) die Einlage bereits geleistet ist; es sei denn, daß das Anteilrecht durch Verlustigerklärung (§ 219 Anm. III) oder als Vertragsstrafe (§ 212 Anm. Id) verwirkt ist.

d. **Frauen und Ausländer.** Auch Frauen (RG. 55 41) und Ausländer (Pinner Anm. IV 1) haben das Stimmrecht. Dies ist nicht abänderbar durch Satzungsbestimmung (RG. 55 41, Pinner Anm. IV 1, Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 6, Staub[8]-Pinner Anm. 30: dagegen Staub[7] Anm. 20). Ob vorgeschrieben werden darf, daß Frauen oder Ausländer nur durch Bevollmächtigte ihr Stimmrecht ausüben dürfen, vgl. unten Anm. IVa.

e. **Knüpfung an Dauer der Anteilberechtigung.** Zulässig erscheint eine Satzungsbestimmung, durch welche die Ausübung des Stimmrechts von längerem Besitz des Anteilrechts abhängig gemacht wird (M. 154, Esser § 255 Anm. 3, vgl. § 266 Abs. 3, § 269 Abs. 2; dagegen Behrend § 122 bei Anm. 8, Staub[8]-Pinner Anm. 29, Ring Nr. 9, vgl. § 254 Anm. Ic).

f. **Erfüllung von Förmlichkeiten als Vorbedingung der Stimmrechtsausübung.** Durch Satzungsbestimmung kann die Ausübung des Rechts dadurch bedingt werden, daß vor jedem Einzelfall der Ausübung bestimmte Förmlichkeiten, z. B. die Hinterlegung der Mitgliedscheine (§ 255 Abs. 2), zu erfüllen sind.

g. **Ältere Gesellschaften.** Eine entgegenstehende ältere Satzungsbestimmung hat nach RG. 55 42 ihre Gültigkeit verloren; doch ist dies für Satzungen aus der Zeit vor 1884 nicht für zutreffend zu erachten (§ 4 EG. 18 VII 84, Vorbem. IIIb vor § 178, Staub[7] Anm. 26, Goldmann Nr. 30; dagegen Ring Nr. 12, Staub[8]-Pinner Anm. 37).

II. **Nachweis des Stimmrechts.** Das Gesetz schreibt nicht (auch nicht in § 258) vor, daß die AG. den Nachweis des Stimmrechts von demjenigen, der ein solches in Anspruch nehme, fordern müsse, wenn allen Beteiligten das Vorhandensein des Stimmrechts bekannt ist (RGSt. **31** 403, Simon in Festgabe f. Wilke 264 Anm. 19) und — abgesehen von arglistigem Verfahren des Leiters der Versammlung — selbst unabhängig davon, ob allen Anwesenden das Vorhandensein des Stimmrechts bekannt ist. In der Teilnahme eines Nichtberechtigten liegt jedoch eine Gesetzwidrigkeit (§ 271), und, um diese vermeiden zu können, ist der Vorstand und jeder Beteiligte berechtigt, den Nachweis zu fordern. — Wenn Anteilrecht, ist auch Stimmrecht vorhanden (für die Ausübung im Einzelfall können noch andere Vorschriften zu erfüllen sein; oben Anm. Ie, f). Andererseits kann ein Stimmrecht nur auf eigener Anteilberechtigung (die allerdings möglicherweise nur zu treuer Hand erworben ist) oder auf dem Vorhandensein der Vertretungsmacht für einen Anteilberechtigten beruhen. Mithin fällt — abgesehen von dem Fall des Stimmrechts kraft Vertretungsmacht (unten Anm. IV) und dem etwa außerdem zu erbringenden Nachweis der Hinterlegung von Mitgliedscheinen (§ 255 Anm. IIIe) oder der Anmeldung zur Teilnahme (§ 255 Anm. IV) — der Nachweis des Stimmrechts zusammen mit dem Nachweis des Anteilrechts. Hieraus folgt:

a. **Sind Inhaberaktien ausgegeben**, so genügt die Vorlegung der Urkunde, außer wenn die Gesellschaft (oder ein anderer Beteiligter) beweist, der Vorleger sei nicht berechtigt zur Verfügung über die Urkunde (BGB. § 793 im Anhang hinter HGB. § 230; ebenso CosackHR. § 116 Anm. IV 1, Simon in Festg. f. Wilke 266, Haselberger Stimmrecht 17). Über Pfandrecht an Anteilrechten und Verwahrung von Mitgliedscheinen vgl. § 318 Anm. IIIe. Über das ehemännliche Verwaltungsrecht vgl. unten Anm. IVa. Nur die gegenüber der Gesellschaft, nicht schon jede nur gegenüber dem wahren Anteilberechtigten bestehende Berechtigung (hierüber § 318 Anm. IIIe) genügt. „Berechtigt zur Verfügung" im Verhältnis zur Gesellschaft ist auch der Treuhänder (vgl. ROH. 14 359). Daher ist stimmberechtigt auch der (in eigenem Namen auftretende) Strohmann (vgl. § 182 Anm. IIc, § 271 Anm. Va 1, OLG. Hamburg 28 II 91 ZHR. **40** 467 Nr. 77, Bolze **12** Nr. 510, RG. **60** 172). Jede Übergabe von Inhaberurkunden mit der Ermächtigung des Empfängers zur Ausübung der sich daraus ergebenden Rechte in dessen eigenem Namen ist aber als Übertragung des Rechts zu treuer Hand (dagegen Staub[8]-Pinner, § 222 Anm. 16, § 223 Anm. 17, der dies „Legitimationsübertragung" nennt und von Treuhandschaft unterscheidet), nicht als bloße Bevollmächtigung und auch nicht als Scheingeschäft aufzufassen. Ist nach Obigem der Einwand, daß Treuhandschaft bestehe, an sich unerheblich, so ist dagegen erheblich der Einwand, daß derjenige, der in eigenem Namen stimmen will, hierzu nicht berechtigt sei, z. B. daß ein bloßes Vollmachtsverhältnis (d. h. eine Ermächtigung zum Stimmen in fremdem Namen) bestehe. Denn in letzterem Fall liegt keine „Berechtigung zur Verfügung" im Sinn des BGB. § 793 vor. Dem Treuhänder können nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. ROH. 17 160) auch diejenigen Einwendungen entgegengesetzt werden, die gegenüber seinem Auftraggeber begründet sind, und zwar selbst wenn der Treuhänder sie nicht kannte; so z. B. eine Beschränkung des Stimmrechts wegen gleichzeitigen Besitzes mehrerer Anteile (§ 252 Abs. 1 Satz 3, Simon in Festg. f. Wilke 264, 279) oder der Ausschluß des Stimmrechts wegen widerstreitenden Interesses (§ 252 Abs. 3, StenB. 87, Simon a. a. O. 279). Der Fall liegt entsprechend demjenigen des Inkassomandats bei Wechseln. Wer ein Stimmrecht ausübt, ohne schriftliche Vollmacht vorzulegen oder sich als gesetzlicher Vertreter auszuweisen, gilt als aus eigenem Recht stimmend (unten Anm. IVa). Über

die Strafbarkeit mißbräuchlicher Benutzung oder entgeltlicher Entleihung fremder Aktien zum Stimmen vgl. § 318.

b. **Sind Namen-Mitgliedscheine ausgegeben,** so ist für den Nachweis des Anteilrechts (und mithin des Stimmrechts) erforderlich und (mangels besonderer Satzungsbestimmungen) genügend der Nachweis der Eintragung im Aktienbuch (§ 223 Anm. IV a—d, § 224), vorbehaltlich des Gegenbeweises gegen die Ordnungsmäßigkeit des Verzeichnens (§ 223 Anm. IV e). Es braucht nicht außerdem (was Pinner Anm. V 1 annimmt) der Besitz der Urkunde nachgewiesen zu werden. Auch bei Namenurkunden kann nicht eingewendet werden, die Eintragung des Eigentumsübergangs sei nicht ordnungsmäßig, weil nur eine Übertragung zu treuer Hand vorliege (RG. 40 82).

c. **Sind keine Mitgliedscheine ausgegeben,** so besteht nichtsdestoweniger das Stimmrecht; der Nachweis des Anteilrechts (und mithin des Stimmrechts) ist nach den allgemeinen, für den Nachweis des Erwerbs von Rechten maßgebenden Grundsätzen zu erbringen (§ 179 Anm. II b). So selbst wenn die Satzung vorschreibt, daß der Nachweis in Generalversammlungen durch den Besitz der Aktien zu führen sei, die Aktienurkunden aber tatsächlich noch nicht ausgegeben sind (RGSt. 31 403).

III. **Höhe des Stimmrechts.**

a. **Regel: im Verhältnis der Grundkapitalanteil-Beträge** (§ 252 Abs. 1 Satz 2—4). Unter „Aktienbetrag" ist der Nennbetrag der Aktienurkunde, mithin der Betrag des Grundkapitalanteils (§ 179 Anm. III a) verstanden. Die Regel findet Anwendung sowohl, wenn bei der betreffenden AG. die Grundkapitalanteile sämtlich gleich hoch, wie auch, wenn sie von verschiedener Höhe sind (RG. 42 42). In der Fassung des § 252 (vgl. jedoch auch § 316, § 327 Abs. 1) ist zwischen „Stimmrecht" und „Ausübung des Stimmrechts" keine strenge Unterscheidung erkennbar durchgeführt. Wenn es daher heißt: „Das Stimmrecht wird nach den Aktienbeträgen ausgeübt", so ist dies gleichbedeutend mit „ist nach den Aktienbeträgen vorhanden". Auch diese Regel ist öffentlichen Rechts (§ 252 Abs. 4: „im übrigen"). Doch ist zulässig, durch die Satzung nach zwei Richtungen Ausnahmen zu bestimmen (unten zu b). Auch ist fortdauernde Geltung abweichender Satzungsbestimmungen aus der Zeit vor 14. August 1884 anzunehmen (oben Anm. I g, OLG. Dresden 3 VII 00 OLGRspr. 2 516: das Gegenteil wäre wohl abzuleiten aus der in RG. 55 42 vertretenen Ansicht, vgl. jedoch oben Anm. I g). — Unzulässig erscheint die Beilegung von Stimmrechten aus anderem Grund als kraft Anteilrechts; denn hierdurch würde die gesetzliche Regel, daß nach Grundkapitalanteil-Beträgen abzustimmen ist, durchbrochen werden. Unzulässig ist daher z. B. die Beilegung eines Stimmrechts in Ansehung von Genußscheinen (§ 179 Anm. IV a 3), die an stelle eingezogener Anteilrechte gewährt sind (ebenso Staub[8]-Pinner § 179 Anm. 28).

b. **Ausnahmen.** Sie bestehen nur, wenn durch die Satzung (§ 182 Anm. I) im Einzelfall bestimmt.

1. Festsetzung eines Höchstbetrags oder von Abstufungen bei Besitz mehrerer Anteilrechte (§ 252 Abs. 1 Satz 3). Nur für die Dauer des gleichzeitigen Besitzes kann durch Satzungsbestimmung eine Beschränkung festgesetzt werden; bei Übergang des Besitzes eines Anteilrechts an einen anderen lebt das damit verbundene Stimmrecht wieder in voller Höhe auf, außer wenn auch in der Person des neuen Besitzers die Voraussetzungen der satzungsmäßigen Beschränkung wegen gleichzeitigen Besitzes mehrerer Anteile vorhanden sind. Da als Voraussetzung der Zulässigkeit einer Beschränkung der Besitz mehrerer Aktien genannt ist, so ist (trotz der Fassung „die Ausübung des Stimmrechts") für unzulässig zu erachten eine Bestimmung, wonach niemand mehr als fünf Stimmen in eigenem und fremdem Namen abgeben dürfe (zust. Ring Nr. 3); die Aktien jedes einzelnen Besitzers sind vielmehr getrennt zu berechnen, gleichgültig ob jeder Aktionär persönlich stimmt oder alle durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten das Stimmrecht ausüben. „Besitz von Aktien" ist hier, wie an anderen Stellen (§ 254 Abs. 1, § 266 Abs. 3, § 269 Abs. 2, 327 Abs. 1; nicht jedoch auch in § 230), — weil nur der gewöhnliche Fall der Inhaberaktie vorschwebte — unzutreffend gebraucht, während Anteilberechtigung gemeint ist. — Unzulässig erscheint, durch Satzungsvorschrift die Abstimmung nach Köpfen auf dem Umweg einzuführen, daß eine Stimme an jeden der

sämtlich gleich hohen) Anteile verliehen wird unter Festsetzung des Höchstbetrags auf eine Stimme (ebenso Pinner Anm. III 3, Goldmann Nr. 11, Staub[8]-Pinner Anm. 12; dagegen Behrend § 122 Anm. 2, Staub[7] Anm. 5, Ring Nr. 3), denn Abs. 1 Satz 3 sollte nur gestatten, den Einfluß der Vereinigung mehrerer Anteile in einer Hand zu beschränken, nicht auf diesem Weg die Regel, daß der Anteilbetrag entscheide, ganz aufzuheben. Selbst bei Zugrundlegung der gegenteiligen Meinung würde bei verschieden hohen Anteilbeträgen eine Abstimmung nach Köpfen nicht vorgeschrieben werden können. — Eine Beschränkung des Höchstbetrags des Stimmrechts bei Besitz mehrerer Anteilrechte trifft im Zweifel nur die Fälle, in denen nach Stimmen abgestimmt wird, nicht auch diejenigen, in denen nach der Höhe des vertretenen Grundkapitals gezählt wird. Doch ist an sich auch in letzterer Beziehung eine entsprechende Beschränkung nicht ausgeschlossen, insoweit für die einzelnen Abstimmungsfälle eine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Regelung durch Satzung zulässig ist.

2. Beilegung verschiedenen Stimmrechts an verschiedene Aktiengattungen (§ 252 Abs. 1 Satz 4). Voraussetzung der Zulässigkeit einer Beilegung verschieden hohen Stimmrechts ist, daß auch bei Außerbetrachtlassung der Stimmrechtsverschiedenheit eine Gattungsverschiedenheit der Anteile vorhanden wäre (§ 185 Anm. Ib 4; zust. Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 12, Staub[8]-Pinner Anm. 11; dagegen Staub[7] Anm. 4). Wollte man dies trotz des dafür sprechenden Wortlauts nicht annehmen, so würde durch die Ausnahme des Satz 4 die Regel des Satz 2 vollständig aufgehoben werden, denn es wäre dann zulässig zu bestimmen, daß von den im übrigen gleichberechtigten Anteilen Nr. 1—1000 von je 1000 Mk. Nennbetrag die Anteile Nr. 1—500 je eine Stimme, die Anteile Nr. 501—1000 je zwei Stimmen haben sollen. Gerade dies aber wollte das Gesetz durch die Vorschrift des Satz 2 verhindern. — Durch die neue Fassung sollte „klargestellt" werden, „daß im Falle der Ausgabe verschiedener Gattungen von Aktien den Aktien der einen Gattung ein höheres Stimmrecht als denen einer anderen Gattung eingeräumt werden kann, ohne daß es darauf ankommt, daß die einzelnen Aktionäre sich im Besitze mehrerer Aktien befinden" (D. 144).

IV. **Ausübung durch Vertreter.**

a. **Recht** der Ausübung durch Vertreter. Wer Stimmrecht hat, kann es nach seiner Wahl persönlich (bzw. durch seinen gesetzlichen Vertreter) oder durch einen Bevollmächtigten ausüben (§ 252 Abs. 2 Satz 1). Im Fall des Vorhandenseins mehrerer gesamtvertretungsberechtigter gesetzlicher Vertreter und im Fall, daß von mehreren einzelvertretungsberechtigten gesetzlichen Vertretern tatsächlich mehrere aufzutreten versuchen, ist § 225 entsprechend anwendbar. Ebenso kann auch nur durch „einen" Bevollmächtigten das Stimmrecht ausgeübt werden (ebenso Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 14, Staub[8]-Pinner Anm. 20; dagegen Simon in Festg. f. Wilke 271 Anm. 34). — Tritt der Wille, das Stimmrecht in fremdem Namen auszuüben, nicht erkennbar hervor, so gilt der Stimmende als in eigenem Namen stimmend (BGB. § 164 Abs. 2, RG. 37 111). — Eine die Ausübung des Stimmrechts durch Bevollmächtigte überhaupt ausschließende Satzungsbestimmung ist unwirksam (§ 252 Abs. 4: „im übrigen"). Doch ist für zulässig zu erachten eine Satzungsbestimmung des Inhalts, daß nur bestimmte Arten von Personen, z. B. nur Aktionäre (RG. 55 42, RG. 2 XII 03 JW. 04 73[47], Behrend § 122 Anm. 10, Pinner Anm. IV 3, Rudorff zu Abs. 2, Staub[8]-Pinner Anm. 31, Simon in Festg. f. Wilke 271, Haselberger Stimmrecht 41, vgl. KG. 12 I 03 EntschFG. 3 236 KGJ. 25 A 261; dagegen Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 6), oder nur großjährige männliche Aktionäre (OLG. Hamburg 24 XI 02 OLGRspr. 6 190) bevollmächtigt werden dürfen. Mangels besonderen Verbots dürfen auch die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder als Bevollmächtigte auftreten. — Umgekehrt kann auch nicht wirksam vorgeschrieben werden, daß bestimmte Gattungen von Mitgliedern (z. B. Frauen) nur durch Bevollmächtigte ihr Stimmrecht ausüben dürfen (RG. 55 41, Haselberger Stimmrecht 37, oben Anm. Id; dagegen CosackHR. § 116 IV 1, Rudorff zu Abs. 2, Staub[7] Anm. 20). — In welchen Fällen der Ehemann kraft seines Verwaltungsrechts das Stimmrecht namens seiner Ehefrau ausüben darf, vgl. Simon in Festg. f. Wilke 272.

b. **Form** des Nachweises der Vertretungsberechtigung.

1. „Erforderlich und genügend." Das HGB. schreibt neu vor, daß die schriftliche Form der Vollmacht nicht nur erforderlich, sondern auch genügend sei (KB. 80). Weder ersteres noch letzteres kann durch Satzung geändert werden (§ 252 Abs. 4: „im übrigen").

2. Vollmacht. Nur für den Nachweis der Bevollmächtigung, d. h. der Erteilung einer Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft (BGB. § 166 Abs. 2), erfordert § 252 Abs. 2 Satz 2 die schriftliche (BGB. § 126 Abs. 1, 3) Form. Der Nachweis einer aus anderem Rechtsgrund vorhandenen Vertretungsmacht kann auch in anderer Weise, z. B. durch Vorlegung eines Auszugs aus dem Handelsregister, geführt werden.

3. Nicht nur Sondervollmacht. Die Vollmacht kann nur für die Stimmausübung in einer bestimmten Generalversammlung erteilt sein oder einen allgemeineren Inhalt haben (OLG. Hamburg 11 VI 01 OLGRspr. **3** 66); ob auch im letzteren Fall die Vollmacht in der Verwahrung der Gesellschaft bleiben muß, vgl. unten Anm. IV c.

4. Prokura. Die Prokura ist eine Art der Vollmacht; sie fällt mithin unter § 252 Abs. 2 Satz 2, und die letztere Vorschrift bildet eine Einschränkung des § 49 dahin, daß nur eine schriftlich erteilte (oder gerichtlich oder notariell beurkundete, BGB. §§ 126 Abs. 3, 128) Prokura zur Ausübung des Stimmrechts ermächtigt. Der gerichtlichen Beurkundung der Prokuraerteilung wird aber deren Eintragung im Handelsregister gleichzustellen und daher die Überreichung eines Registerauszugs, der diese Eintragung nachweist, für genügend zu erachten sein (Behrend § 122 Anm. 11, Pinner Anm. IV 3, Staub[8]-Pinner Anm. 17, Goldmann Nr. 18; dagegen Ring Nr. 6, Haselberger Stimmrecht 54).

5. Zweifel über Echtheit. Voraussetzung des Genügens einer schriftlichen Vollmacht ist selbstverständlich, daß die Vollmacht echt, d. h. wirklich von dem Machtgeber unterschrieben ist; bei Zweifeln über die Echtheit kann zwar Beglaubigung verlangt werden, aber nicht mit der Wirkung, daß Machtgeber und Bevollmächtigte sich dem fügen müßten: auch wenn diese dem Verlangen nicht nachkommen, erfolgt eine etwaige Zurückweisung auf die Gefahr hin, daß die ohne Mitwirkung des Bevollmächtigten gefaßten Beschlüsse mit Erfolg angefochten werden können, wenn der Anfechtende dartut, daß die Vollmacht echt war (RG. **40** 85, wo indessen die Beweislast anders verteilt).

c. **Verwahrung der Vollmacht durch die AG.** Nur die Vorlegung der Urschrift der Vollmacht (vgl. BGB. § 172, HGB. § 252 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2) oder eines neuen (§ 9 Anm. IV) Registerauszugs genügt. Die Vorschrift des Abs. 2, daß die Vollmacht in der Verwahrung der Gesellschaft bleibt, wird einschränkend dahin ausgelegt werden dürfen, daß, wenn die Vollmacht sich noch auf andere Gegenstände als das Mitstimmen in der betreffenden Generalversammlung bezieht, deren Herausgabe nach Zurückbehaltung einer öffentlich beglaubigten Abschrift auf Kosten des Bevollmächtigten oder seines Machtgebers verlangt werden kann.

V. **Ausschluß wegen Widerstreits der Interessen.**

a. **Stimmrecht und Ausübung für andere sind ausgeschlossen**, d. h. das Mitstimmen in eigenem (oben Anm. I) und in fremdem (oben Anm. IV) Namen. Nicht ausgeschlossen ist das Recht (§ 250 Anm. IV a 6) der Teilnahme an der Erörterung; noch weniger das Recht auf Anwesenheit bei der Beschlußfassung (RG. 9 I 97 JW. 112[28]; vgl. auch § 255 Anm. III). Die Beschränkung erstreckt sich nur auf die einzelne Beschlußfassung. Erfolgt die Beschlußfassung ungetrennt über Gegenstände, wegen deren das Stimmrecht eines Aktionärs ausgeschlossen, und über solche, wegen deren es nicht ausgeschlossen ist, so darf dieser Aktionär an der ganzen Beschlußfassung nicht teilnehmen; er hat jedoch bis zum Beginn der Abstimmung das Recht, getrennte Abstimmung zu verlangen.

b. **Die einzelnen Fälle.**

1. Entlastung durch die Beschlußfassung. Vgl. § 260 Anm. IV d. Die zu Entlastenden haben Stimmrecht bei der die Entlastung nur vorbereitenden Beschlußfassung über Bilanzgenehmigung (RG. **49** 146, Esser Anm. 7, § 260 Anm. I a; für früheres Recht dagegen RG. 9 I 97 JW. 113[29] HoldheimsMSchr. 121). Wird einheitlich über

Entlastung aller Vorstandsmitglieder abgestimmt, so hat kein Vorstandsmitglied hierbei Stimmrecht (oben zu a). Sollte es zulässig sein, über die Entlastung jedes einzelnen Vorstandsmitglieds gesondert abzustimmen (§ 260 Anm. IVd; dagegen RG. 55 76), so würde den übrigen Vorstandsmitgliedern ein Stimmrecht hierbei zugestanden werden müssen (dagegen OLG. Cöln 22 XII 02 HoldheimsMSchr. 03 215).

2. Befreiung von einer Verpflichtung. Dies ist einschränkend auszulegen. Nur diejenigen Verpflichtungen sind gemeint, die von einzelnen Aktionären abweichend von anderen Aktionären übernommen sind. So z. B. die besonderen Verpflichtungen aus dem Versprechen einer Nichtbareinlage, oder die Verpflichtungen aus einem Vertrag mit der AG. Sind die Verpflichtungen aller Aktionäre gleiche, so findet kein Ausschluß vom Stimmrecht statt; anderenfalls wäre es unmöglich, die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen aufzuheben oder einen Herabsetzungsbeschluß behufs Befreiung der Aktionäre von der Einlagepflicht (§ 289 Abs. 4) zu fassen. Aber auch die fernere Einschränkung ist zuzugestehen, daß die Beschlußfassung unmittelbar auf Befreiung der betreffenden Aktionäre gerichtet sein muß. Daher können ergänzend haftbare Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder (§ 204), welche Aktionäre sind, mitstimmen, wenn durch den Beschluß auf die Ansprüche gegen die in erster Reihe haftenden Gründer (§ 202) verzichtet werden soll (Staub⁵-Pinner § 205 Anm. 2, Ring § 205 Nr. 1; dagegen Behrend § 113 Anm. 18; vermittelnd Goldmann § 205 Nr. 6). Ebenso ist ein Entlastungsbeschluß gültig, wenn Gegenstand der Entlastung unter anderem auch das schuldhafte Verhalten bei Nichteinziehung rückständiger Einlagen war und bei Fassung des Beschlusses nur Aktionäre mitstimmten, die mit Teilen ihrer Einlage rückständig waren (RG. 13 VI 04 HoldheimsMSchr. 296).

3. Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Aktionär betreffend. Ebenso BGB. § 34.

α. Allgemeines. Sehr bestritten ist, wie weit der Kreis der hierunter begriffenen Beschlüsse sich ausdehnt. Nicht kann die Entscheidung davon abhängig gemacht werden (so anscheinend RG. 60 173), ob im Einzelfall das Interesse des Aktionärs dem Interesse der AG. widerstreitet, denn zu einer solchen, nicht auf die Rechtsform, sondern auf den wirtschaftlichen Inhalt des Geschäfts gestützten Unterscheidung bietet das Gesetz keinen Anhalt.

β. Vertragsschluß mit dem Aktionär als Drittem. Ein Mitstimmen des Aktionärs ist unzulässig bei Verträgen, welche die AG. mit dem Aktionär als Drittem schließt (nur als Regel zugegeben in RG. 60 173). Gleichgültig ist, ob der Beschluß eine Annahme- oder Zustimmungserklärung zu derartigen Verträgen oder erst ein Angebot zu solchen enthält. Jede Zuwendung eines (besonderen) Vorteils an einen Aktionär ist eine Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm (KB. 81). — Ob der mitstimmende Aktionär sich hierdurch bereits als Vertragsgegner bindet, vgl. § 250 Anm. IVc 1.

γ. Bestellung und Abberufung als Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied. Ein Angebot eines Dienst- oder Auftragsvertrags (vgl. oben zu β) liegt auch in der Wahl eines Aktionärs zum Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats (§ 231 Anm. IIb, § 243 Anm. IIe); indessen ist es hierbei nicht der Hauptgegenstand, sondern nur etwas Nebensächliches des einheitlichen Rechtsgeschäfts. Daher wird der Meinung der Vorzug zu geben sein, daß der Aktionär, wenn seine eigene Wahl zum Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied in Frage steht, mitstimmen und auch für sich selbst stimmen darf, außer wenn im Einzelfall die Bedingungen des angebotenen Dienstvertrags so außergewöhnlich und für die Gesellschaft ungünstige sind, daß angenommen werden muß, letztere seien nach dem Willen des mitstimmenden Aktionärs der Hauptgegenstand des Rechtsgeschäfts (für Zulässigkeit des Mitstimmens RG. 60 173, Keyßner ZHR. 54 294, Staub⁸-Pinner Anm. 26 und, soweit nicht ausnahmsweise Widerstreit mit Gesellschaftsinteresse, Esser Anm. 7; dagegen KG. 8 XII 02 EntschFG. 3 191 KGJ. 25 A 256 HoldheimsMSchr. 03 108, Ring Nr. 8, Goldmann Nr. 23). Entsprechend darf bei der Beschlußfassung über den Widerruf der Bestellung eines Aufsichtsrats- (oder

Vorstands-)mitglieds das betreffende Mitglied in den regelmäßigen Fällen mitstimmen (Staub[8]-Pinner Anm. 26; dagegen Ring Nr. 8, Pinner Anm. VI 1).

δ. Beschlüsse über Mitgliedschaftsrechte und -pflichten. Zulässig ist das Mitstimmen, wenn es sich um diejenigen Rechtsgeschäfte handelt, welche die Gesellschaft in Ansehung der Rechte und Pflichten der Mitglieder als solcher mit diesen vornimmt. Hierunter fallen z. B. der Errichtungsbeschluß (§ 196; vgl. aber unten zu ζ), der Gewinnverteilungsbeschluß (§ 260), die Änderung des gesetzlichen Bezugsrechts (§ 282 Abs. 1), das Angebot von Vorzugsrechten gegen Zuzahlung (§ 276 Anm. V), die Festsetzung der Vergütung für wiederkehrende Leistungen (§ 216 Anm. III). Auch Verhandlungen über Nichtbareinlagen (dagegen Pinner Anm. VI 1), außer wenn es sich um die Befreiung von einer Verpflichtung (oben zu 2) oder um Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits (unten zu 4) handelt.

ε. Vorbereitende Beschlüsse. Zulässig ist das Mitstimmen bei denjenigen Beschlußfassungen, die nicht unmittelbar die Vornahme eines Rechtsgeschäfts betreffen, sondern es nur vorbereiten (entsprechend oben zu 2), z. B. den Vorstand zur Vornahme eines solchen ermächtigen in Fällen in denen der Generalversammlungsbeschluß nicht notwendiger Bestandteil des Geschäfts ist. Als unmittelbar die Vornahme des Rechtsgeschäfts betreffend sind dagegen Beschlüsse zu erachten, die den Vorstand zur Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht nur ermächtigen, sondern anweisen. Bei gegenteiliger Ansicht würde man bezüglich der Einleitung eines Rechtsstreits (nachstehend zu 4) nie einen Beschluß als diese Einleitung unmittelbar betreffend ansehen können, da in keinem Fall der Beschluß notwendige Voraussetzung der Einleitung des Rechtsstreits ist. Nicht unmittelbar bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts beteiligt ist das gewinnanteilsberechtigte Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats, wenn es sich um Genehmigung der Bilanz handelt.

ζ. Errichtungsbeschluß. Über die Sonderbestimmungen für den Fall des Errichtungsbeschlusses vgl. § 196 Anm. IId.

4. Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft. Ebenso BGB. § 34. Insbesondere die in §§ 268 ff. behandelten Beschlüsse kommen in Betracht. Aber auch z. B. ein Beschluß, den Vorstand zur Klage wegen rückständiger Einlagen anzuweisen (vgl. oben zu 3).

§ 253.

Berufung der Generalversammlung.

Die Generalversammlung wird durch den Vorstand berufen, soweit nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrag auch andere Personen dazu befugt sind.

Die Generalversammlung ist, außer den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich bestimmten Fällen, zu berufen, wenn das Interesse der Gesellschaft es erfordert.

ADH. Art. 236. **Entw. I** § 233. **Entw. II** § 248.

I. **Berufer** ist der Vorstand, d. h. die Behörde in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§ 234 Anm. Ic). Er ist berechtigt zur Berufung neben allen anderen durch Gesetz oder Satzung hierzu befugten Personen („auch"). Im Gesetz sind als unter gewissen Voraussetzungen befugt zur Berufung genannt: die Gründer (§ 190 Abs. 2, 3), das Registergericht (§ 196 Abs. 1), der Aufsichtsrat (§ 246 Abs. 2), Aktionäre infolge Ermächtigung des Gerichts (§ 254), die Liquidatoren (§ 298 Abs. 2). Durch Satzungsbestimmung kann z. B. auch jedem einzelnen Aktionär die Befugnis hierzu beigelegt werden (Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 6, Staub[8]-Pinner Anm. 2; dagegen Staub[7] Anm. 2).

II. **Fälle notwendiger Berufung.** In der Nichtberufung der Generalversammlung in einem dieser Fälle liegt eine Obliegenheitsverletzung (§ 241 Anm. II). Einen Fall notwendiger Ankündigung vgl. in § 267 Abs. 2.

a. **Vornahme eines Geschäfts, für welches ausschließlich die Generalversammlung zuständig ist.** Vgl. § 250 Anm. IV b 1, 2. Einzelne dieser Geschäfte wiederholen sich notwendig in gewissen Zeitabschnitten. Insbesondere ergibt sich aus den Bestimmungen der §§ 260, 39 Abs. 2 die Notwendigkeit des ungefähr jährlichen Zusammentretens der Generalversammlung behufs Feststellung der Bilanz, so daß die zu diesem Zweck zusammentretende Generalversammlung als die „ordentliche" bezeichnet zu werden pflegt (vgl. § 256 Abs. 3: „außerordentliche"). Über die Notwendigkeit, mindestens etwa alle fünf Jahre behufs Wahl des Aufsichtsrats zusammenzutreten, vgl. § 243 Anm. II d 2.

b. **Erscheinen eines die Hälfte des Grundkapitals erreichenden Verlusts bei Bilanzaufstellung.** Vgl. § 240 Anm. II.

c. **Verlangen von Aktionären, deren Anteile zusammen den zwanzigsten** (oder den durch Satzung bestimmten geringeren) **Teil des Grundkapitals erreichen.** Vgl. § 254 Abs. 1.

d. **Beschluß der Generalversammlung auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung.** Vgl. § 256 Abs. 3, § 264 Abs. 2.

e. **„Wenn das Interesse der Gesellschaft es erfordert."** In diesem Fall ist nicht nur der Vorstand (§ 253 Abs. 2), sondern auch der Aufsichtsrat (§ 246 Abs. 2) verpflichtet zur Berufung der Generalversammlung. Der § 253 Abs. 2 enthält, wie sich aus dem Zusammenhang mit Abs. 1 ergibt, nur eine Anweisung für den Vorstand (und mittelbar für die Liquidatoren, § 298 Abs. 2), nicht auch (was Pinner Anm. III 3 annimmt) für andere Berufungsberechtigte. Die Berufungspflicht besteht nicht schon dann, wenn nur im Interesse der Gläubiger die Berufung liegt (RG. **36** 29). Das Reichsgericht (**RG.** 3 V 02 HoldheimsMSchr. **02** 266, **03** 197) nahm an, daß die Verpflichtung zur Einberufung bestehe vor Einlassung auf wichtige, kostspielige oder gefahrbringende Unternehmungen (ebenso Goldmann § 246 Nr. 10, 11). Einer so weiten Ausdehnung der Einberufungspflicht ist jedoch nicht zuzustimmen (Endemann in HoldheimsMSchr. **03** 201, Simon DJZ. **04** 788, Lehmann DJZ. **04** 962, Stern DJZ. **04** 965, Rehm in HoldheimsMSchr. **04** 239, 27. Juristentag Vhdlgen. 4 165 ff., 633, Staub[8]-Pinner Anm. 4). Keiner Einberufung bedarf es z. B. vor Abschluß eines Lieferungsvertrags über die Melasseherverbringung künftiger sechs Jahre seitens einer Zuckerfabrik (OLG. Braunschweig 16 III 05 OLGRspr. **10** 337). Keiner Einberufung bedarf es, wenn sie wegen Dringlichkeit der Entscheidung unausführbar ist (RG. **35** 87) oder wenn feststeht, daß die Generalversammlung der in Aussicht genommenen Handlung des Vorstands zustimmen würde (RG. **35** 87; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 5) oder wenn Gefahr droht, daß durch vorherige Einberufung und das damit verbundene Offenkundigwerden die Wirtschaftlichkeit des geplanten Unternehmens für die AG. in erheblichem Maße ungünstig beeinflußt würde. Daher ist auch bei Geschäften, die für den betreffenden Geschäftsbetrieb ungewöhnlich sind, nur dann die Einberufung erforderlich, wenn keine der erwähnten Ausnahmen vorliegt.

III. **Beschlußfassung ohne Berufung.** Die Vorschriften über Berufung der Generalversammlung sind ausschließlich im Interesse der Aktionäre gegeben, um eine Verkümmerung ihres Sonderrechts auf Mitwirkung in der Generalversammlung (§ 250 Anm. II c 5) zu verhindern. Mangels ausdrücklicher gegenteiliger Gesetzesbestimmung ist daher anzunehmen, daß die Aktionäre in jedem Einzelfall auf die Beobachtung der Berufungsbestimmungen verzichten können. Ein solcher Verzicht wird darin gefunden werden dürfen, daß alle vorhandenen Aktionäre ohne Berufung sich zu einer Versammlung einfinden, diese als Generalversammlung bezeichnen und dort, ohne daß einer gegen dies Verfahren Widerspruch erhebt, Mehrheitsbeschlüsse fassen (Pinner § 256 Anm. 9). Umsomehr ist für zulässig und wirksam zu erachten, daß in einer ohne Berufung zusammentretenden Versammlung aller Aktionäre einstimmige Beschlüsse gefaßt werden (RGSt. **29** 384, OLG. Dresden 4 II 90 ZHR. **40** 473, Staub[8]-Pinner § 256 Anm. 9; ähnlich Pinner Anm. V; dagegen Lehmann ZHR. **40** 473 Anm., wohl auch Behrend § 121 Anm. 9 b). — Das zwingende Recht setzt nur die eine Grenze, daß der Beschluß doch immerhin auf einer „Generalversammlung" stattfinden muß, und als „Generalversammlung" sieht es nicht eine Versammlung an, bei deren Berufung sehr erhebliche Verstöße vorgekommen sind (§ 273 Anm. II b 2), die z. B. überhaupt nicht berufen ist. Aber auch von der Regel, daß

der Beschluß doch immerhin auf einer „Generalversammlung“ stattfinden müsse, besteht nach der hier vertretenen Ansicht (§ 250 Anm. I d 1) eine Ausnahme für den Fall, daß die Zustimmung aller Mitglieder schriftlich erfolgt. — Über die Folgen der Verletzung von Gesetz oder Satzung bei Berufung vgl. § 273 Anm. II b 2.

§ 254.

Minderheitsrecht auf Berufung oder Ankündigung.

Die Generalversammlung ist zu berufen, wenn Aktionäre, deren Antheile zusammen den zwanzigsten Theil des Grundkapitals erreichen, die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangen. Ist in dem Gesellschaftsvertrage das Recht, die Berufung der Generalversammlung zu verlangen, an den Besitz eines geringeren Antheils am Grundkapitale geknüpft, so hat es hierbei sein Bewenden.

In gleicher Weise haben die Aktionäre das Recht, zu verlangen, daß Gegenstände zur Beschlußfassung einer Generalversammlung angekündigt werden.

Wird dem Verlangen weder durch den Vorstand noch durch den Aufsichtsrath entsprochen, so kann das Gericht des Sitzes der Gesellschaft die Aktionäre, welche das Verlangen gestellt haben, zur Berufung der Generalversammlung oder zur Ankündigung des Gegenstandes ermächtigen. Zugleich kann das Gericht über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung treffen. Auf die Ermächtigung muß bei der Berufung oder Ankündigung Bezug genommen werden.

Die Generalversammlung beschließt darüber, ob die entstandenen Kosten von der Gesellschaft getragen werden sollen.

ADH. Art. 237. **Entw. I** § 234. **Entw. II** § 249.

I. **Antragsberechtigte.**

a. **Aktionäre.** Vgl. § 211 Anm. I a. Eingeschlossen sind Treuhänder (§ 252 Anm. II, § 271 Anm. V a 1). Auch Aktionäre, die bei dem herbeizuführenden Beschluß nicht mitstimmen dürfen (Staub[8]-Pinner Anm. 7). „Besitz“ von Anteilen vgl. § 252 Anm. III b 1. Auch einem einzelnen Aktionär, der die genügende Zahl von Anteilen besitzt, steht das Recht zu (Esser Anm. 7). Über die Bestrafung einer Benutzung fremder Anteilrechte ohne Befugnis oder auf Grund entgeltlicher Leihe vgl. § 318.

b. **Gesetzlicher Mindestbetrag** der vertretenen Anteile ist $^1/_{20}$ Grundkapital. Die Antragsteller haben den Nachweis zu führen, daß sie Anteilberechtigte in dieser Höhe sind. Nicht darf durch Satzungsbestimmung eine bestimmte Form der Führung dieses Nachweises, z. B. Hinterlegung der Mitgliedscheine bei der AG., zwingend vorgeschrieben werden (unten Anm. I c.

c. **Abweichende Satzungsbestimmungen** sind in § 254 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich für zulässig erklärt, wenn sie dahin gehen, das Recht der Berufung an den Besitz eines geringeren Anteils am Grundkapital zu knüpfen. Mithin ist das Erfordern eines höheren Anteils am Grundkapital ausgeschlossen. Aber auch im übrigen darf die Satzung das Recht nicht erschweren, z. B. nicht durch Erfordern der Aktienhinterlegung (Pinner Anm. II 1, Staub[8]-Pinner Anm. 8) oder durch Hinzufügung der Bedingung einer längeren Dauer des Aktienbesitzes (vgl. jedoch § 252 Anm. I e), oder durch die Bestimmung, daß dem Verlangen erst innerhalb einer längeren Frist stattgegeben zu werden braucht (Staub[8]-Pinner Anm. 14. Gibt die Satzung einem geringeren als dem gesetzlichen Anteil das Berufungsrecht, aber unter Hinzufügung einer Erschwerung, so haben die Aktionäre die Wahl, ob sie von dem gesetzlichen oder von dem satzungsmäßigen Recht Gebrauch machen wollen. Eine satzungsmäßige Erleichterung der in § 254 Abs. 1 genannten Voraussetzungen ist auch in

anderen Beziehungen als hinsichtlich des Betrags der erforderlichen Anteilrechte für zulässig zu erachten (dagegen Staub⁸-Pinner Anm. 4, 5, Ring Nr. 1); denn das Recht, die Berufung zu verlangen, ist das mindere gegenüber dem Recht, selbst zu berufen, und letzteres kann (dagegen Ring Nr. 1) nach § 253 Abs. 1 durch die Satzung an beliebig leichte Bedingungen geknüpft werden. — Ebensowenig wie durch eine Satzungsbestimmung kann durch einen einfachen Generalversammlungsbeschluß das Minderheitsrecht entzogen werden; z. B. nicht durch einen Beschluß, durch welchen der in der Generalversammlung gestellte Antrag auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung abgelehnt wird (HAG. Nürnberg 1 X 69 ZHR. 22 385).

II. **Antrag.**

a. **Inhalt** des Antrags kann entweder die Berufung der Generalversammlung (Abs. 1) oder die Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung einer Generalversammlung (Abs. 2) sein. Die Ankündigung von Gegenständen nur zur Verhandlung (ohne Beschlußfassung) kann ohne gleichzeitigen Antrag auf Berufung einer Generalversammlung nicht gefordert werden; für diesen Fall braucht der Aktionär nicht die Gesellschaftsbehörden oder das Gericht anzugehen, sondern kann sich selbst helfen, da er auch ohne vorherige Ankündigung die Verhandlung herbeizuführen in der Lage ist (§ 256 Abs. 3), und eine von ihm etwa gewünschte vorherige Bekanntmachung durch ihn ohne Ermächtigung erfolgen kann.

b. **Form** des Antrags. Erfordert ist:

1. Schriftlichkeit (BGB. § 126 Abs. 1, 3).
2. Angabe des Zwecks (vgl. § 256 Anm. I); dieser Zweck ist demnächst bei der Berufung bekanntzumachen (§ 256 Abs. 1). Geht der Antrag nur auf Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung, so liegt schon hierin die Angabe des Zwecks; diese Angabe braucht daher nicht noch besonders wiederholt zu werden.
3. Angabe der Gründe.

c. **Sachliche** Voraussetzung. Das Recht, die Berufung zu verlangen, ist (trotz Nennung des Aufsichtsrats in Abs. 3; unten Anm. III) nicht daran geknüpft, daß das Interesse der Gesellschaft die Berufung erfordert. Vielmehr genügt an sich das bloße Wollen der Minderheit. Doch ist die Grenze zu ziehen, daß Vorstand, Aufsichtsrat und Gericht ihre Mitwirkung abzulehnen haben, wenn die Berufung oder die Ankündigung (Zweckangabe) eine unerlaubte Handlung enthält, z. B. die Berufung oder Zweckangabe eine schikanöse (BGB. § 826) oder die Zweckangabe eine beleidigende oder kreditschädigende (BGB. § 824) ist, oder der verfolgte Zweck einen Verstoß gegen Gesetz oder Satzung (§ 271 Anm. III) enthalten würde, und selbst darüber hinaus, wenn in dem Vorgehen der Minderheit eine Verfolgung von Sonderinteressen zum Schaden der Gesellschaft liegt (M. 166). Indessen darf die Mitwirkung nicht schon aus dem Grund abgelehnt werden, weil aus allgemeinen wirtschaftlichen Gesichtspunkten die Interessen der Antragsteller minder berücksichtigenswert erscheinen als die Interessen der Gegner (KG. 15 X 04 EntschFG. 5 64 KGJ. 28 A 220). D. 144 bemerkt: „Insbesondere soll, wie bisher, das Gericht über die sachliche Berechtigung des Verlangens nach Berufung der Generalversammlung unter Würdigung der Verhältnisse entscheiden. Das Gericht darf nicht in die Lage kommen, seine Mitwirkung auch zur Erreichung offenbar mißbräuchlicher oder rechtlich unzulässiger Zwecke leihen zu müssen" (ebenso KG. 15 X 04 EntschFG. 5 63 KGJ. 28 A 219; ähnlich KB. 82; diese Entscheidung ist allerdings nicht hervorgehoben in Komm. Prot. 1 533 zu BGB. § 37). Was hier vom Gericht gesagt, muß aber trotz der vom Abs. 3 abweichenden Fassung des Abs. 1 Satz 1 § 254 auch von Vorstand und Aufsichtsrat gelten (ebenso Staub⁸-Pinner Anm. 12, Esser Anm. 2, Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 7). — Anträge gemäß § 254 können auch in Fällen gestellt werden, in denen gleichzeitig der Vorstand auch durch Ordnungsstrafe (§ 319 Abs. 1) zur Berufung der Generalversammlung (z. B. § 260 Abs. 2) oder zur Ankündigung eines Gegenstands der Tagesordnung (§ 267 Abs. 2) anzuhalten ist.

III. **Entschließungen von Vorstand und Aufsichtsrat.** Bevor das Gericht angegangen werden kann, muß der Antrag sowohl bei dem Vorstand wie auch bei dem Aufsichtsrat vergeblich gestellt worden sein (§ 254 Abs. 3, D. 145). Hierdurch wird mittelbar dem Aufsichtsrat die Er-

mächtigung beigelegt, auf Antrag der in § 254 Abs. 1 bezeichneten Minderheit die Generalversammlung zu berufen oder Gegenstände zur Beschlußfassung anzukündigen auch in Fällen, in denen ohne jenen Antrag er nicht hierzu befugt wäre (vgl. § 246 Anm. IIIa 2 β). Die Minderheit ist ähnlich einer Gesellschaftsbehörde; in Fragen innerer Verwaltung hat sie daher mit einzelnen anderen Behörden, nicht mit der „Gesellschaft" zu verhandeln (vgl. § 247 Anm. IV; daraus folgt, daß es nötigenfalls gesonderter Anträge an Vorstand und Aufsichtsrat bedarf, nicht ein Antrag an „die Gesellschaft" zu richten ist (ebenso Ring Nr. 4 Goldmann Nr. 6; dagegen Staub⁸-Pinner Anm. 11, Esser Anm. 5). Daß notwendig der Vorstand vor dem Aufsichtsrat angegangen werden müsse (so Pinner Anm. II 3), ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die Entscheidung muß in der nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang zu erwartenden Frist erfolgen. Über Festsetzung einer Frist in der Satzung vgl. oben Anm. Ic.

IV. **Anordnung des Gerichts.**

a. **Voraussetzung** ist vorherige vergebliche Angehung von Vorstand und Aufsichtsrat (oben Anm. III) und Stellung eines in der Form und in der Sache genügenden (oben Anm. II) Antrags an das Gericht seitens einer genügenden (oben Anm. I) Zahl von Anteilberechtigten. „Kann" vgl. § 140 Anm. IIb, § 254 Anm. IIc, KB. 81.

b. **Verfahren.** Maßgebend sind §§ 145, 146 FGG. (abgedruckt hinter HGB. § 16). Zuständig ist ausschließlich das Gericht (§ 8 Anm. I) des Sitzes (§ 182 Anm. IVb 2).

c. **Inhalt der Anordnung.** Die Anordnung kann entweder auf Ermächtigung zur Berufung oder auf Ermächtigung zur Ankündigung eines Gegenstands zur Beschlußfassung lauten. In der ersteren liegt zugleich die Ermächtigung zur Ankündigung des im Antrag angegebenen Zwecks (oben Anm. IIb 2). Aus BGB. § 37 übernommen ist die Vorschrift, daß das Gericht zugleich über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung treffen könne (D. 145). Daß ein besonderer hierauf gerichteter Antrag gestellt werde, ist nicht erfordert. Trifft das Gericht keine Anordnung über den Vorsitz, so bewendet es in dieser Beziehung bei den gewöhnlichen Bestimmungen (§ 250 Anm. IVa 5). In der Ermächtigung kann eine Frist festgesetzt werden, binnen welcher von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden darf (Esser Anm. 4). Die Ermächtigung wird denjenigen Aktionären erteilt, welche den Antrag an das Gericht gestellt haben (Rudorff).

d. **Bezugnahme auf Ermächtigung** „muß" bei Berufung oder Ankündigung erfolgen. Aus dieser strengen Fassung ist wohl zu schließen, daß eine ohne diese Bezugnahme erfolgende Berufung oder Ankündigung überhaupt nicht als Berufung oder Ankündigung gilt (vgl. § 253 Anm. III), mithin (§ 273 Anm. IIb 2) deren Beschlüsse, sogar ohne Anfechtung ungültig bleiben (dagegen Rudorff, Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 14, die als Folge der Versäumung nur Anfechtung gemäß §§ 271 ff. zulassen). Dies ist sachlich zu rechtfertigen, weil die Aktionäre nicht verpflichtet sein können, der Berufung durch beliebige Personen, deren Ermächtigung nicht erkennbar ist, zu folgen (§ 271 Anm. Va 3 β). — Im übrigen sind für die Berufung die für die betreffende Gesellschaft geltenden Vorschriften zu befolgen (Pinner Anm. III 3).

V. **Entstandene Kosten.** Hierzu gehören die durch die Berufung und Abhaltung der Versammlung (oder Ankündigung) entstandenen Kosten, einschließlich der Kosten des etwaigen gerichtlichen Verfahrens (D. 145). Beschließt die Generalversammlung nicht, daß die Gesellschaft die Kosten tragen solle, so wird hierdurch doch nicht ausgeschlossen ein etwa nach allgemeinen Grundsätzen zulässiger Rückgriff gegen Personen, deren Verhalten die Berufung nötig gemacht hat, oder auch gegen die Gesellschaft, wenn sie für das Verhalten jener Personen verantwortlich ist, möglicherweise auch nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag (dagegen Rudorff, Pinner Anm. IV, Ring Nr. 7). — Der Abs. 4 bezieht sich nicht nur auf den Fall des Abs. 3, sondern auch auf die Fälle der Abs. 1, 2 (D. 145: „einschließlich der Kosten des etwaigen gerichtlichen Verfahrens", Ring Nr. 7, Staub⁸-Pinner Anm. 25; dagegen KG. 4 XI 02 KGBl. 03 8 HoldheimsMSchr. 03 52, Goldmann Nr. 15).

§ 255.

Form und Frist der Berufung. Aktienhinterlegung. Anmeldung zur Teilnahme.

Die Berufung der Generalversammlung hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Versammlung zu erfolgen. Der Tag der Berufung und der Tag der Generalversammlung sind hierbei nicht mitzurechnen.

Ist im Gesellschaftsvertrage die Ausübung des Stimmrechts davon abhängig gemacht, daß die Aktien bis zu einem bestimmten Zeitpunkte vor der Generalversammlung hinterlegt werden, so ist die Frist derart zu bemessen, daß für die Hinterlegung mindestens zwei Wochen frei bleiben. In diesem Falle genügt auch die Hinterlegung bei einem Notar.

Ist im Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung der im Abs. 2 bezeichneten Art nicht getroffen, so müssen die Anmeldungen zur Theilnahme an der Generalversammlung zugelassen werden, wenn sie nicht später als am dritten Tage vor der Versammlung erfolgen.

ADH. Art. 238 Abs. 1. **Entw. I** § 235 Abs. 1. **Entw. II** § 250 Abs. 1.

I. **Form der Berufung.**

a. **Allgemeines.** Was in § 255 Abs. 1 als „Weise der Berufung" bezeichnet wird, ist gleichbedeutend mit „Form der Berufung" in § 182 Abs. 2 Nr. 5 (vgl. entsprechend § 182 Anm. IV b 7). Über die Berufungsform muß die Satzung Bestimmungen enthalten. Über den Fall des Mangelns oder der Nichtigkeit dieser Bestimmungen vgl. §§ 309 ff.

b. **Mittel der Benachrichtigung.** Die Berufung braucht nicht notwendig durch öffentliche Blätter zu erfolgen (§ 182 Anm. IV b 6); ist aber Bekanntmachung durch öffentliche Blätter vorgeschrieben, so findet § 182 Abs. 2 Nr. 6, Abs. 3 Anwendung. Statt einer Berufung durch öffentliche Blätter kann die Satzung z. B. Benachrichtigung der Inhaber von Namenaktien durch besondere Briefe vorschreiben. Über das Recht jedes Aktionärs, eine solche Benachrichtigung zu fordern, vgl. § 257.

c. **Bestandteile.** Notwendige Bestandteile der Berufung sind die Angabe, daß eine Generalversammlung der betreffenden Gesellschaft stattfinde, die Angabe von Zeit (unten Anm. II) und Ort (§ 250 IV a 4) und die Unterschrift der berufenden Behörde oder Person. Ferner ist (als Ordnungsvorschrift) die Angabe des Zwecks erfordert (§ 256). Über die Notwendigkeit, im Fall gerichtlicher Ermächtigung zur Berufung Bezug auf diese Ermächtigung zu nehmen, vgl. § 254 Anm. IV d.

d. **Folge eines Verstoßes** bei der einzelnen Berufung. Für geringere Verstöße vgl. § 271 Anm. V a 3 β; für Verstöße, infolge deren Erheblichkeit die berufene Versammlung keine Generalversammlung ist, vgl. § 273 Anm. II b 2.

e. **Widerruf.** Ein Widerruf ist zulässig (Esser § 253 Anm. 5; vgl. KGJ. 3 20), muß aber um wirksam zu sein, in derselben Form wie die Berufung erfolgen (dagegen LG. I Berlin KGJ. 3 19).

II. **Frist der Berufung.**

a. **Falls Hinterlegung der Mitgliedscheine nicht vorgeschrieben.** Die Berufung muß mindestens zwei Wochen vor dem Versammlungstag erfolgen. Hierbei ist (übereinstimmend mit BGB. § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2; KB. 83) sowohl der Tag der Berufung wie der Tag der Generalversammlung nicht mitzurechnen. Ist Bekanntmachung in öffentlichen Blättern vorgeschrieben, so gilt diese als erfolgt im Lauf (oder mit dem Ablauf) des Tages, an welchem das letzte der die (vorgeschriebene, Pinner Anm. II 1) Bekanntmachung enthaltenden Blätter erschienen ist (M. 232, OLG. Dresden in Beilage VI zum Reichsanzeiger 27 II 86; vgl. den

entsprechenden § 10 Abs. 2). Unerheblich ist, ob das rechtzeitig erschienene Blatt vordatiert ist (KGJ. 2 23).

b. **Falls Hinterlegung der Mitgliedscheine vorgeschrieben.** Ist in der Satzung Hinterlegung vorgeschrieben (unten Anm. III), so ist die Frist derart zu bemessen, daß für die Hinterlegung mindestens zwei Wochen freibleiben (§ 255 Abs. 2), d. h. die Berufungsfrist ist in diesem Fall der längere von folgenden beiden Zeiträumen: erstens der (mindestens zweiwöchentlichen) Frist des § 255 Abs. 1, und zweitens der (mindestens zweiwöchentlichen) Frist des § 255 Abs. 2 zuzüglich der etwa vorgeschriebenen Zeit zwischen dem Schluß der Hinterlegungsfrist und dem Tag der Generalversammlung.

c. **Letzter Tag der Frist Sonn- oder Feiertag.** Die Auslegungsvorschrift des BGB. § 193 wird auf die Berechnung der Berufungsfrist nicht angewendet werden dürfen, da dies im hier vorliegenden Fall einer Zurückrechnung der Frist zu deren Verkürzung führen würde (§ 66 Anm. II) und anzunehmen ist, daß § 255 Abs. 1 eine solche Verkürzung nicht gestatten wollte. Daher ist nicht nur unerheblich, ob der kalendermäßig letzte, sondern auch — was bei zurückzurechnender Frist allein in Betracht kommen kann — ob der kalendermäßig erste Tag ein Sonn- oder Feiertag ist. — Anders bei Bestimmung des Zeitpunkts, bis zu welchem hinterlegt werden darf. Hier ist BGB. § 193 zwar nicht dann anwendbar, wenn entweder die Satzung dessen Anwendung ausdrücklich ausschließt oder wenn die Absicht der Ausschließung aus dem sonstigen Inhalt der Satzung zu entnehmen, z. B. der letzte Tag durch Bezugnahme auf den Kalender bestimmt ist (Ring Nr. 5, Staub[8]-Pinner Anm. 4). Enthält dagegen die Satzung z. B. die Vorschrift, daß spätestens am dritten Tag vor der Generalversammlung zu hinterlegen ist, und ist im Einzelfall jener dritte Tag ein Sonn- oder Feiertag, so greift BGB. § 193 dahin ein, daß noch am zweiten Tag vor der Versammlung hinterlegt werden darf (dagegen wohl Riesenfeld Einfluß 56, Goldmann Nr. 6, Staub[8]-Pinner Anm. 4); entsprechend verschiebt sich dann um einen Tag die für die Hinterlegung freizulassende Frist des § 255 Abs. 2, nicht aber auch die Frist des § 255 Abs. 1.

d. **Folge der Nichteinhaltung der Berufungsfrist** ist die Anfechtbarkeit der ergangenen Beschlüsse gemäß § 271 (§ 271 Anm. V a 3 β, KG. 5 X 05 EntschFG. 6 181) und das entsprechende Recht des Registergerichts auf Zurückweisung eines anfechtbaren Beschlusses (§ 273 Anm. V). Das Recht auf Einhaltung der Frist ist ein verzichtbares Sonderrecht (§ 250 Anm. II c 5, § 273 Anm. II b 2). Ob die Einhaltung der Berufungsfrist bei den der Eintragung der AG. vorhergehenden Versammlungen zwingenden Rechts ist, vgl. § 197 Anm. II a.

III. **Abhängigmachung der Ausübung des Stimmrechts von vorheriger Hinterlegung der Aktien.**

a. **Allgemeines.** Das Gesetz enthält keine derartige Beschränkung. Doch kann die Satzung sie vorschreiben, und dies geschieht bei größeren Gesellschaften in der Regel (KB. 83). Selbst wenn die Satzung eine solche Beschränkung enthält, gilt diese doch nicht, solange tatsächlich keine Mitgliedscheine (vgl. § 179 Anm. IV a 2) ausgegeben sind (RG. 34 116, RGSt. 31 403; vgl. KGJ. 14 32). Bei Vorhandensein von Mitgliedscheinen auf Namen ist zwar das Vorschreiben einer Hinterlegung nicht unzulässig; die Hinterlegung kann aber nicht die Eintragung in das Aktienbuch ersetzen (§ 223 Anm. IV c). — Ist Hinterlegung vorgeschrieben, so gelten Besonderheiten bei Berechnung der Berufungsfrist (oben Anm. II) und der Ankündigungsfrist (§ 256 Abs. 2 Satz 2). — Über die Strafbarkeit wissentlich falscher Ausstellung oder der Verfälschung von Bescheinigungen über Hinterlegung von Mitgliedscheinen vgl. § 316.

b. **Hinterlegung zu anderem Zweck.** Eine Hinterlegung zu anderem Zweck (z. B. behufs Pfandbestellung) ersetzt an sich nicht die Hinterlegung behufs Stimmrechtsausübung (LG. Frankfurt 30 X 93 ZHR. 47 114); doch genügt in diesem Fall die hinzukommende Erklärung, daß die bereits erfolgte Hinterlegung nunmehr auch dem Zweck der Stimmrechtsausübung dienen solle.

c. **Ort der Hinterlegung.** Ist in der Satzung nicht vorgeschrieben, wo zu hinterlegen ist, so genügt Hinterlegung bei der Gesellschaft oder (vgl. jedoch EGBGB. Art. 144; dagegen Ring Nr. 5) bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle. Nicht genügend ist (was anscheinend König

Anm. 234 annimmt) die Hinterlegung bei der Reichsbank oder einer sonstigen beliebigen Person, wenn die Satzung keine dahingehende Bestimmung enthält. Außerdem ist — unabänderbar durch Satzung — die Hinterlegung bei einem Notar für genügend erklärt (§ 255 Abs. 2 Satz 2). Gemeint ist wohl nur ein deutscher Notar (Pinner Anm. II 2, Esser Anm. 1).

d. **Zeit der Hinterlegung.** Vgl. oben Anm. II b, c.

e. **Gegenstand der Hinterlegung.** Über den Fall, daß keine Mitgliedscheine oder Namen-Mitgliedscheine ausgegeben sind, vgl. oben zu a. — Im Zweifel brauchen Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine nicht mit hinterlegt zu werden (vgl. KB. 82).

f. **Nachweis der Hinterlegung.** Mangels gegenteiliger Satzungsbestimmung braucht der Nachweis nicht früher als in der Generalversammlung erbracht zu werden (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 5; dagegen Staub[7] Anm. 4). Daß der Nachweis noch innerhalb der „Hinterlegungs"-frist erbracht werden muß, darf in der Satzung vorgeschrieben werden (dagegen Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 6, Staub[8]-Pinner Anm. 5); aber nur, wenn in der Satzung die Berufungsfrist so geräumig bemessen ist, daß abgesehen von der für die Führung des Nachweises erforderlichen Zeit noch volle zwei Wochen für die Hinterlegung freibleiben. Zulassung zum Mitstimmen ohne die erforderliche Hinterlegung ist gesetzwidrig, selbst wenn kein Anwesender widerspricht (vgl. unten Anm. IV b). Zulassung ohne Führung des Nachweises der Hinterlegung ist, wenn niemand den Nachweis fordert, gestattet (vgl. § 252 Anm. II); es kommt nur auf die Tatsache der erfolgten Hinterlegung an.

g. **Teilnahme ohne Hinterlegung.** Schreibt die Satzung vor, daß das „Stimmrecht" nur „ausgeübt" werden kann, wenn hinterlegt ist, so ist hierdurch noch nicht die Teilnahme an der Generalversammlung ohne Stimmrecht ausgeschlossen (RG. 9 I 97 JW. 112[28]; vgl. § 252 Anm. V a); daß § 255 Abs. 3 beides als gleichbedeutend voraussetzt, beruht auf einem Versehen in der Fassung, das nicht zu beachten ist (Pinner § 252 Anm. II 2). Zulässig ist aber auch die Abhängigmachung der Teilnahme an der Generalversammlung von vorheriger Hinterlegung (KB. 84); dies ist im § 255 Abs. 3 vorausgesetzt. Auslegungsfrage ist, ob eine in der Satzung enthaltene Beschränkung, die sich nach ihrem Wortlaut nur auf das „Stimmen" bezieht, auch eine Teilnahme ohne Stimmabgabe umfassen sollte (Staub[8]-Pinner § 252 Anm. 35). — Ob Mitstimmen ohne Hinterlegung zulässig, vgl. unten Anm. IV b.

IV. **Anmeldung zur Teilnahme an der Generalversammlung.**

a. **Die Anmeldungsfrist** des Abs. 3 ist keine unbedingte, sondern nur eine **Höchstfrist**. Der von der Reichstagskommission (KB. 84) hinzugefügte § 255 Abs. 3 wird von Staub[8]-Pinner Anm. 2, Pinner Anm. III 3, Esser Anm. 1 dahin verstanden, daß hierin die Vorschrift liege, es müsse in jedem Fall eine Anmeldung zur Teilnahme an der Generalversammlung spätestens am dritten Tag vor der Versammlung erfolgen. Dieser Auslegung ist indessen nicht beizutreten. Die Bestimmung des Abs. 3 wurde in der Kommission vom Antragsteller wie folgt begründet: „Manche Aktiengesellschaften erschweren die Teilnahme an der Generalversammlung dadurch, daß sie eine längere Frist vor derselben für die Anmeldung fordern; . . . die Gefahr, daß wenn die Erleichterung der Anteilnahme an der Generalversammlung in der beantragten Weise angenommen werde, ohne daß das Statut andere Bestimmungen treffen könne, ... unreellen Treibereien Vorschub geleistet werde, sei nicht zuzugeben." Beabsichtigt war mithin nur eine „Erleichterung" der Teilnahme und das Ausschließen „anderer" (d. h. erschwerender) Satzungsbestimmungen. Hiermit ist die Fassung des Abs. 3 gut verträglich. Denn Abs. 3 enthält nur die Vorschrift, daß unter bestimmter Voraussetzung Anmeldungen zugelassen werden müssen (d. h. daß dies zwingendes, nicht durch Satzung erschwerbares Recht ist); dagegen ist nicht zum Ausdruck gekommen, daß wenn jene Voraussetzung nicht vorliege, die Anmeldung nicht zuzulassen sei. Die letztere Schlußfolgerung ist allerdings durch die Fassung nahe gelegt; da sie aber im Gesetz selbst nicht gezogen ist, und da sie im Widerspruch zu dem mit dem Antrag verfolgten Zweck stehen würde, so wird man sie nicht ziehen dürfen. Für die hier vertretene Auslegung spricht auch, daß der Abs. 3 nur für den Fall eine Vorschrift geben will, daß „im Gesellschafts-

vertrag eine Bestimmung der im Abs. 2 bezeichneten Art nicht getroffen" ist. Im Fall des Abs. 2 kann zweifellos bestimmt werden, daß die Hinterlegung der Aktien bis eine Minute vor Beginn der Generalversammlung stattfinden muß. Es wäre kein sachlicher Grund denkbar, warum, wenn im Einzelfall Hinterlegung nicht vorgeschrieben ist, eine Anmeldung früher stattfinden müßte. Hiernach ist anzunehmen, daß — wie bisher — auch künftig mangels einer Vorschrift, wonach hinterlegt werden muß, eine vorherige Anmeldung nicht erforderlich ist, weder zur Teilnahme ohne Stimmrecht, noch zur Ausübung des Stimmrechts, daß aber die Satzung eine solche Anmeldung vorschreiben kann, insoweit sie dieselbe nicht weiter als auf den dritten Tag vor der Versammlung zurückverlegt (zust. Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 7). Zulässig ist daher auch eine Satzungsbestimmung, welche eine Anmeldefrist von weniger als drei Tagen festsetzt (RG. 19 X 04 HoldheimsMSchr. 05 19).

b. **Nichteinhaltung der Anmeldefrist** bewirkt, daß der betreffende Anteilberechtigte zwar — mangels gegenteiliger Satzungsbestimmung (oben Anm. III) — zur Teilnahme zuzulassen ist (§ 250 Anm. IVa 8, Pinner § 252 Anm. II 2), aber nicht zur Ausübung des Stimmrechts zugelassen werden darf. Letzteres selbst dann nicht, wenn in der Generalversammlung von keiner Seite Widerspruch erfolgt (dagegen RG. 19 X 04 HoldheimsMSchr. 05 19, Goldmann Nr. 7); denn wollte man das Gegenteil annehmen, so würde auch ein Aktionär, der die Anmeldefrist versäumt hat, genötigt sein, sich zur Generalversammlung zu begeben und trotz Nichtzulassung dort bis zu Ende auszuharren, um gegen die etwa beabsichtigte Zulassung anderer Aktionäre, die in gleicher Lage sind, Widerspruch zu erheben; auch würde die Generalversammlung, wenn sie einen säumigen Aktionär zuläßt, nicht früher oder später, wenngleich dann Widerspruch erhoben wird, andere zurückweisen können, ohne deren Anspruch auf gleiche Behandlung (§ 250 Anm. IIc 4) zu verletzen. Allerdings wird die Unterlassung von Widerspruch gegen unberechtigte Zulassung in der Regel (vgl. jedoch § 271 Anm. Va 2 γ, 3 α) die Möglichkeit einer Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses ausschließen.

c. **Inhalt** der Anmeldung. Soweit Anmeldung erforderlich, braucht innerhalb der bestimmten Frist nur angemeldet zu werden die Person des Aktionärs und die Zahl der Anteilrechte, für welche die Zulassung zur Teilnahme begehrt wird, bei Vorhandensein verschieden hoher Grundkapitalanteile oder verschiedener Aktiengattungen auch der Betrag der Grundkapitalanteile, bzw. die Gattung der Anteilrechte. Ob der Aktionär persönlich erscheinen, oder durch wen er sich vertreten lassen will, bleibt hierbei offen und braucht nicht vorher angemeldet zu werden (KB. 83).

§ 256.

Tagesordnung. Anträge.

Der Zweck der Generalversammlung soll bei der Berufung bekannt gemacht werden. Jedem Aktionär ist auf Verlangen eine Abschrift der Anträge zu ertheilen.

Ueber Gegenstände, deren Verhandlung nicht ordnungsmäßig mindestens eine Woche vor dem Tage der Generalversammlung angekündigt ist, können Beschlüsse nicht gefaßt werden; ist für die Beschlußfassung nach den Vorschriften dieses Gesetzbuchs oder des Gesellschaftsvertrags die einfache Stimmenmehrheit nicht ausreichend, so muß die Ankündigung mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung erfolgen. An die Stelle des Tages der Generalversammlung tritt, falls die Ausübung des Stimmrechts von der Hinterlegung der Aktien abhängig ist, der Tag, bis zu dessen Ablaufe die Hinterlegung zu geschehen hat.

Zur Beschlußfassung über den in der Generalversammlung gestellten Antrag auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung sowie zur Stellung von Anträgen und zu Verhandlungen ohne Beschlußfassung bedarf es der Ankündigung nicht.

ADH. Art. 238 Abs. 2, 3. **Entw. I** § 235 Abs. 2. **Entw. II** § 250 Abs. 2—4.

I. **Zweck** der Generalversammlung. Diese Bezeichnung (§§ 254 Abs. 1, 256 Abs. 1, 275 Abs. 3) ist gleichbedeutend gebraucht (vgl. § 274 Abs. 2) mit „Gegenstände der Verhandlung" (§ 256 Abs. 2, § 257), also allgemein im Sinn von Tagesordnung. Hieraus folgt, daß § 256 Abs. 1 auch anwendbar ist, wenn nur eine Verhandlung, keine Beschlußfassung beabsichtigt ist (z. B. unter Umständen im Fall des § 240 Abs. 1; § 240 Anm. IIb 2); die Folge der Ankündigung ist allerdings dann auch in diesen Fällen, daß eine Beschlußfassung zulässig wird, es sei denn, daß in der Ankündigung ausdrücklich bemerkt ist, eine Beschlußfassung solle über jenen Gegenstand nicht erfolgen. Der Ausdruck „Gegenstand der Beschlußfassung" in §§ 271 Abs. 3 bezeichnet einen engeren Begriff; er zielt auf eine stattgehabte Beschlußfassung, und da § 271 überhaupt nur die Anfechtung von Beschlüssen betrifft, so brauchten Verhandlungen ohne Beschlußfassung dort nicht einbezogen zu werden. Ebenso ist die Vorschrift des § 254 Abs. 2 wohl absichtlich auf das Ankündigen von Gegenständen zur (bevorstehenden) „Beschlußfassung" beschränkt (§ 254 Anm. IIa). Dagegen steht in § 267 Abs. 2 „Gegenstand der Beschlußfassung" in dem allgemeineren Sinn von „Gegenstand der Verhandlung". — Über die Art, in welcher der Zweck in der Bekanntmachung anzugeben ist, vgl. unten Anm. IId.

II. **Bekanntmachung** (= „Ankündigung").

a. **Notwendigkeit.** Aus § 256 Abs. 1 Satz 1 ist erstens die Ordnungsvorschrift zu entnehmen, daß überhaupt bekannt gemacht werden soll, und zweitens die Ordnungsvorschrift, daß diese Bekanntmachung bereits bei der Berufung (unten Anm. IIc) bewirkt werden soll. Ausnahmen von der ersteren Vorschrift enthält § 256 Abs. 3, eine Beschränkung der zweiten Vorschrift enthält § 256 Abs. 2. — Ist ein Revisionsbericht erstattet, so ist der Vorstand verpflichtet, ihn als Verhandlungsgegenstand der nächsten Generalversammlung anzukündigen (§ 267 Abs. 2).

b. **Form.** Die Form ist die für alle Bekanntmachungen der Gesellschaft geltende (§ 182 Anm. IVb 7; dagegen Ring Nr. 1, der nur die Formen der Berufung als für die Ankündigung des Zwecks maßgebend erachtet); ob daneben auch die etwaigen besonderen Formen der Berufung beobachtet sind, ist für die Gültigkeit der Ankündigung des Zwecks unerheblich. So auch, wenn die Ankündigung bei der Berufung erfolgt ist. Für die bei der Berufung erfolgende Bekanntmachung des Zwecks wird aber trotz des Wortlauts des Gesetzes nach seinem Sinn wohl anzunehmen sein, daß, wenn die vorgeschriebenen Formen der „Berufung" andere sind als die vorgeschriebenen Formen der „Bekanntmachung", auch die Beobachtung der ersteren Formen genügt. — Über das Recht jedes Aktionärs, besondere Mitteilung zu verlangen, bestimmt § 257.

c. **Frist.** Als Regel gibt § 256 Abs. 1 die Ordnungsvorschrift, daß bereits bei (§ 39 Anm. IIa 1) der Berufung der Zweck anzukündigen ist. Damit wird die Frist der Berufung (§ 255 Anm. II) auch für die Ankündigung des Zwecks maßgebend. Dies kann erheblich namentlich für die Frage sein, ob die Gesellschaftsbehörden durch verspätete Ankündigung ihre Obliegenheiten verletzen (§§ 241 Abs. 2, 249 Abs. 2). Für die wesentlichste Frage, die über Zulässigkeit einer Beschlußfassung, wird aber die Regel des § 256 Abs. 1 in vollem Umfang gegenstandslos durch die Beschränkung des § 256 Abs. 2: für diese Frage ist die Nichtbeobachtung der Ordnungsvorschrift des Abs. 1 einflußlos, wenn nur die Vorschriften des Abs. 2 beobachtet sind. Der Abs. 2 bestimmt im einzelnen:

1. Ein Beschluß (§ 251 Anm. III, IV), für welchen einfache Stimmenmehrheit (§ 251 Abs. 1) genügt, erfordert Bekanntmachung mindestens eine Woche vor dem Tag der Generalversammlung bzw. (dies ist neu; D. 145) des Ablaufs der etwaigen Hinterlegungsfrist (§ 255 Anm. III). Sowohl der Tag der Generalversammlung wie derjenige der Bekanntmachung sind nicht mitzurechnen (§ 255 Anm. II; dagegen bezüglich des letzteren Esser Anm. 2). Daß die Ankündigung auch mindestens eine Woche vor Ablauf der etwaigen Anmeldungsfrist (§ 255 Anm. IV) erfolge, ist nicht vorgeschrieben.
2. Bei einem Beschluß, für den einfache Stimmenmehrheit nicht genügt, beträgt die vorgeschriebene Frist (oben zu 1) zwei Wochen (dies ist neu; D. 145).

d. **Inhalt.** Die Bekanntmachung hat anzugeben den „Zweck der Generalversammlung", d. h.

die einzelnen Gegenstände, über welche verhandelt werden soll (oben Anm. I). Diese Bezeichnung braucht nur in allgemeinen Ausdrücken zu erfolgen (RG. 17 172, OLG. Dresden 30 IV 86 ZHR. 35 248) und insbesondere nicht den Inhalt der gestellten Anträge anzugeben (RG. 17 173, OLG. Köln 31 X 87 ZHR. 37 553, OLG. Hamburg 8 VII 90 HoldheimsMSchr. 92 27). Sie muß aber doch so gefaßt sein, daß sie geeignet ist, dem Aktionär die Entschließung, ob er an der Generalversammlung teilnehmen will, und die Vorbereitung auf den Gegenstand der Verhandlung zu ermöglichen (OLG. Dresden 20 X 86 ZHR. 35 248, OLG. Köln 31 X 87 ZHR. 37 553, OLG. Celle 4 XI 01 OLGRspr. 3 430). Innerhalb dieser Grenzen können Abänderungen eines etwa in der Ankündigung mitgeteilten Entwurfs von der Generalversammlung beschlossen werden (OLG. Hamburg 18 X 05 OLGRspr. 11 384). Bei Ankündigung eines Herabsetzungsbeschlusses wird auch der Zweck (§ 288 Anm. IV c) des Beschlusses anzugeben sein (Staub⁸-Pinner § 288 Anm. 11), nicht dagegen auch die beabsichtigte Ausführungsweise (§ 288 Anm. IV d). Eine Bezugnahme auf Paragraphen der Satzung ohne kurze Angabe ihres Inhalts genügt in der Regel nicht (Esser Anm. 3). Dagegen genügt die Ankündigung einer beabsichtigten Auslegung eines früheren Beschlusses unter Bezeichnung des letzteren nach Datum und wesentlichem Gegenstand (RG. 8 13). — Sondervorschriften enthalten § 274 Abs. 2 für den Fall einer beabsichtigten Satzungsänderung, §§ 275 Abs. 3, 278 Abs. 2, 288 Abs. 3 für die Fälle notwendiger Sonderabstimmung der Aktionäre einzelner Aktiengattungen.

III. **Ohne vorherige Bekanntmachung zulässig sind:**

a. **Beschluß über Antrag auf Berufung einer** (außerordentlichen) **Generalversammlung,** wenn dieser Antrag in der Generalversammlung gestellt ist. Ob derselbe Antrag außerdem auch vor der Generalversammlung bereits gestellt worden, ist unerheblich.

b. **Stellung von Anträgen.** Damit über die gestellten Anträge Beschluß gefaßt werden kann, ist — abgesehen von dem Fall eines Antrags auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung (oben Anm. III a) oder eines sonstigen auf die Geschäftsordnung bezüglichen Antrags (unten Anm. III d) — erforderlich, daß der Gegenstand, auf welchen der Antrag sich bezieht, rechtzeitig bekannt gemacht ist. — Zulässig ist es, Anträge schon vor der Generalversammlung zu stellen (vgl. § 256 Abs. 1 Satz 2).

c. **Verhandlungen ohne Beschlußfassung.** Hierdurch soll namentlich den Gesellschaftsbehörden unmöglich gemacht werden, durch Unterlassen der Bekanntmachung des Gegenstands auch das Vorbringen von Beschwerden und deren Erörterung zu verhindern (P. 1068). — Über die Frage, ob die Stellung eines Minderheitsverlangens auf Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen nur nach vorheriger Ankündigung zulässig ist, vgl. § 268 Anm. III b.

d. **Beschlüsse über die Handhabung der Geschäftsordnung** (RG. 36 26), einschließlich der Abstimmungsordnung, und einschließlich einer Vertagung (vgl. § 264). Wollte man dies nicht zugestehen, so wäre es nicht möglich, die üblichen Regeln der Geschäftsordnung in Versammlungen auch auf die Generalversammlung der AG. anzuwenden (vgl. § 250 Anm. IV a 6, 7).

IV. **Folgen eines Verstoßes.** Ist ein Beschluß gefaßt, nachdem zwar eine Ankündigung erfolgt war, aber ohne Einhaltung der Frist für die Ankündigung oder auf Grund einer aus anderen Gründen nicht ordnungsmäßigen Ankündigung, so ist Anfechtung gemäß §§ 271 ff. binnen eines Monats zulässig, und zwar auch seitens eines nicht erschienenen Aktionärs (§ 271 Abs. 3): nach fruchtlosem Ablauf der einmonatlichen Frist ist jedoch dieser Verstoß geheilt und kann (außer — was aus anderen Gründen kaum vorkommen kann — gemäß § 273 Anm. II b 1) nicht mehr geltend gemacht werden (§ 273 Anm. II a); das „können nicht" in Abs. 2 ist daher nicht im Sinn unbedingter Nichtigkeit zu verstehen. Das Gleiche wird aber auch für den Fall anzunehmen sein, daß ein Beschluß gefaßt ist, ohne daß überhaupt die vorgeschriebene Ankündigung erfolgt ist (ebenso Pinner Anm. III, Esser Anm. 6 und wohl auch Ring § 271 Nr. 10; dagegen Staub⁸-Pinner Anm. 5, Goldmann Nr. 8); denn immerhin liegt auch in diesem Fall ein „Beschluß einer Generalversammlung" (§ 271 Anm. II) vor, und man kann von dem einzelnen Aktionär verlangen, daß er — wenn nur die Berufung ohne erheblichen Verstoß erfolgt ist (§ 271 Anm. V a 3 β) — soviel Sorgfalt aufwende, entweder an der Generalversammlung teilzunehmen oder sich nachträglich nach den gefaßten Beschlüssen zu er-

kundigen, zumal auch § 257 Satz 2 ihm das Recht gibt, Mitteilung über die gefaßten Beschlüsse zu verlangen.

V. **Recht des Aktionärs auf Abschrift der Anträge.** Über den Nachweis der Eigenschaft als Aktionär vgl. § 252 Anm. II. Das Recht, eine Abschrift der Anträge zu verlangen, ist — abweichend von den Rechten aus § 257 — nicht durch Hinterlegung einer Aktie bedingt. Es bezieht sich — trotz der Aufnahme der Vorschrift in den Absatz 1 — nicht nur auf die bereits bei der Berufung vorliegenden, sondern auch auf später gestellte Anträge. Das Verlangen ist an die Gesellschaft (vertreten durch den Vorstand) zu richten; es kann wohl nicht mehr nach der betreffenden Generalversammlung gestellt werden (vgl. § 263 Anm. II b); auch nicht bereits vor Berufung (Esser Anm. 1). Das Verlangen kann — abweichend von dem Fall des § 257 — stets nur bezüglich einzelner Generalversammlungen, nicht allgemein für alle künftigen Generalversammlungen gestellt werden. Das Recht darf nicht dadurch vereitelt werden, daß die Gesellschaft eine unangemessen lange Zeit für das Fertigen einer Abschrift in Anspruch nimmt. Sind überflüssige Druckexemplare vorhanden, so muß, wenn die Zeit drängt, ein solches dem Aktionär überlassen werden. Die Kosten der Abschrift trägt die Gesellschaft (vgl. § 263 Anm. II c). Da die Erteilung der verlangten Abschrift durch die Stellung der Vorschrift in § 256 als zur ordnungsmäßigen Ankündigung gehörig gekennzeichnet ist, so wird man anzunehmen haben, daß bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung zur Abschriftserteilung die gleichen Folgen wie bei einem sonstigen Verstoß gegen die Vorschriften über Ankündigung (oben Anm. IV) eintreten (ebenso Pinner Anm. I 4, Rudorff). — Über das Verlangen auf Erteilung einer Abschrift der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bemerkungen des Aufsichtsrats und des Geschäftsberichts bestimmt § 263 Abs. 2, 3.

§ 257.

Besondere Mitteilung durch eingeschriebenen Brief.

Jeder Aktionär, der eine Aktie bei der Gesellschaft hinterlegt, kann verlangen, daß ihm die Berufung der Generalversammlung und die Gegenstände der Verhandlung, sobald deren öffentliche Bekanntmachung erfolgt, durch eingeschriebenen Brief besonders mitgetheilt werden. Die gleiche Mittheilung kann er über die in der Generalversammlung gefaßten Beschlüsse verlangen.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** —

I. **Mitteilungsberechtigter.**

a. **Aktionär.** Vgl. § 211 Anm. I a. Über den Nachweis der Eigenschaft als Aktionär vgl. § 252 Anm. II.

b. **Der eine Aktie hinterlegt.** Auch die Hinterlegung eines Interimsscheins genügt. Sind keine Mitgliedscheine ausgegeben, so ist das Recht nicht durch Hinterlegung bedingt (vgl. § 255 Anm. III). Die Satzung kann die Voraussetzungen nicht erschweren aber mildern, daher z. B. bestimmen, daß der Nachweis der Eigenschaft als Aktionär ohne Hinterlegung einer Aktie zu dem Verlangen berechtigt. — Mehr als eine Aktie braucht die Gesellschaft nicht zur Hinterlegung anzunehmen (Esser Anm. 2).

c. **Bei der Gesellschaft.** Für die Ausübung des Rechts aus § 257 genügt — abweichend von § 255 Abs. 2 — nicht die Hinterlegung bei anderen Stellen. Doch wird die Satzung auch dies zulassen können, da hierin eine Erleichterung des dem Aktionär gewährten Rechts liegt.

II. **Verlangen.** Das Verlangen ist an die Gesellschaft (vertreten durch den Vorstand) zu richten. Es kann allgemein bezüglich aller künftigen Generalversammlungen (ebenso Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 8, Staub[8]-Pinner Anm. 2; dagegen Staub[7] Anm. 2) oder auch mit Beschränkung auf einzelne bevorstehende oder verflossene Generalversammlungen gestellt werden.

III. **Mitteilung.**

a. **Form** der Mitteilung ist der eingeschriebene Brief. Eine andere Form der Benach-

richtigung genügt nicht (KB. 86); die Satzung kann die Formvorschrift nicht mildern, aber erschweren.

b. **Inhalt** der Mitteilung. Über das Recht auf Abschrift der Anträge vgl. § 256 Anm. V.

1. Berufung der Generalversammlung (§ 255 Anm. Ic) und die Gegenstände der Verhandlung (§ 256 Anm. I, IId), sobald deren öffentliche Bekanntmachung erfolgt. Durch den letzteren Zusatz ist die Anwendbarkeit des § 257 auf den Fall eingeschränkt, daß überhaupt eine „öffentliche Bekanntmachung" zu erfolgen hat.

α. „Öffentliche" Bekanntmachung ist nicht nur eine durch Einrückung in öffentliche Blätter (§ 182 Abs. 3) erfolgende, sondern z. B. auch eine durch Aushang an öffentlichem Ort bewirkte (vgl. CPO. § 948).

β. Bekanntmachung. Die Worte „sobald deren öffentliche Bekanntmachung erfolgt" scheinen sich auch auf die Berufung beziehen zu sollen, und dies sollte wohl dadurch angedeutet werden, daß die Redaktionskommission der Reichstagskommission den § 257 in zwei Sätze zerlegte, während nach dem ursprünglichen Kommissionsbeschluß der jetzige Satz 2 hinter „erfolgt" mit den Worten „sowie die in der Generalversammlung gefaßten Beschlüsse" in den Satz 1 eingeschlossen war.

γ. „Sobald erfolgt" ist nicht gleichbedeutend mit „sobald erfolgt ist", andererseits aber auch nicht mit „sobald das Bekanntmachen beginnt", verweist vielmehr auf den ganzen Zeitraum der Bekanntmachungstätigkeit. Daher braucht bei vorgeschriebenen mehrmaligen Bekanntmachungen zwar nicht die letzte Bekanntmachung (vgl. § 255 Anm. IIa) abgewartet zu werden; andererseits muß nicht schon (was Ring Nr. 2 annimmt) gleichzeitig mit der ersten Bekanntmachung die besondere Mitteilung geschehen; vielmehr genügt, wenn spätestens am Tag der letzten vorgeschriebenen Bekanntmachung mitgeteilt wird.

δ. „Mitgeteilt". Daß „mitgeteilt" werden müsse, sobald die öffentliche Bekanntmachung erfolgt, ist wohl dahin zu verstehen, daß es genügt, wenn zu dieser Zeit die Mitteilung abgesendet wird. Die „Mitteilung durch eingeschriebenen Brief" entspricht der „Zustellung durch Aufgabe zur Post" (CPO. § 175) überhaupt darin, daß unerheblich ist, wann der Aktionär die Mitteilung empfängt. Wollte man annehmen, daß der Aktionär verlangen könne, daß ihm die Mitteilung noch rechtzeitig vor der Generalversammlung zugeht, so würde unter Umständen eine ungemessene Erstreckung der Berufungsfristen notwendig werden.

2. Die in der Generalversammlung gefaßten Beschlüsse. Der Antrag braucht nicht für jede einzelne Generalversammlung besonders gestellt zu werden (oben Anm. II); „Generalversammlung" ist hier im Sinn einer dauernden Behörde gebraucht.

c. **Kosten.** Die Kosten der besonderen Benachrichtigung fallen der Gesellschaft zur Last (ebenso Pinner Anm. I, Ring Nr. 4, Staub[8]-Pinner Anm. 3, Goldmann Nr. 9; vgl. unten § 263 Anm. II c).

IV. **Folgen eines Verstoßes.** Die Mitteilungen des § 257 Satz 1 werden als Bestandteil der Berufungs- oder Ankündigungsformen angesehen werden müssen (vgl. auch § 256 Anm. V; ebenso Pinner Anm. II, Rudorff, Staub[8]-Pinner Anm. 3, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 10; dagegen Esser Anm. 2). Anderenfalls würde man zu der unerwünschten Schlußfolgerung gelangen, daß zwar (da jedenfalls eine „Verletzung des Gesetzes" vorliegt) ein erschienener, aber nicht der nicht erschienene Aktionär anfechten könnte (§ 271 Abs. 3 Satz 1). Mithin kommen je nachdem, ob im Einzelfall die Berufung oder ob die Ankündigung nicht mitgeteilt ist, die Vorschriften über einen Verstoß gegen die Formen der Berufung (§ 255 Anm. I d) oder die Vorschriften über einen Verstoß gegen die Formen der Ankündigung (§ 256 Anm. IV) zur Anwendung. Außerdem folgt aus der verschuldeten Unterlassung der Mitteilung die Verpflichtung der Gesellschaft zum Ersatz des dem Mitteilungsberechtigten entstandenen Schadens (BGB. § 823).

§ 258.

Verzeichnis der Teilnehmer.

In der Generalversammlung ist ein Verzeichniß der erschienenen Aktionäre oder Vertreter von Aktionären mit Angabe ihres Namens und Wohnorts sowie des Betrags der von Jedem vertretenen Aktien aufzustellen. Das Verzeichniß ist vor der ersten Abstimmung zur Einsicht auszulegen; es ist von dem Vorsitzenden zu unterzeichnen.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** —

I. **Inhalt** des „Verzeichnisses der Teilnehmer" (so bezeichnet in § 259 Abs. 3).

a. **Personen.** Zu verzeichnen sind alle diejenigen, welche auf Grund eines Anteilrechts (§ 179 Anm. II) erschienen sind, seien sie Aktionäre (§ 211 Anm. I a, vgl. § 252 Anm. II) oder Vertreter (gesetzliche oder durch Rechtsgeschäfte bestellte) von solchen (vgl. § 252 Anm. IV). Nicht nur — obwohl § 258 Satz 2 Halbs. 1 hierauf hinweist — die zur Ausübung des Stimmrechts (§ 252, § 255 Abs. 2), sondern auch die zur Teilnahme ohne Stimmrecht (vgl. § 255 Anm. IV) Berechtigten. Nicht zu verzeichnen sind alle diejenigen, welche nicht auf Grund eines Anteilrechts teilnehmen (§ 250 Anm. IV a 8). Ebensowenig diejenigen, welche zwar erschienen, aber nicht zur Teilnahme zugelassen sind. Das Verzeichnen hat zu erfolgen durch Angabe des „Namens" (d. h. Vor- und Familiennamens, § 162 Anm. I) und „Wohnorts" (d. h. Wohnsitzes, § 106 Anm. II a).

b. **Betrag der von jedem vertretenen Grundkapitalanteile.** Hierbei ist unerheblich und braucht im Verzeichnis nicht unterschieden zu werden, in welcher Höhe das eigene und in welcher Höhe fremdes Recht vertreten wird (dagegen Ring Nr. 2). Daher braucht neben dem Vertreter nicht der Vertretene genannt zu werden (dagegen Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 2, Staub[8]-Pinner Nr. 2). Ebensowenig braucht unterschieden zu werden, in welcher Höhe die vertretenen Grundkapitalanteile zu verschiedenen Aktiengattungen gehören. Auch die Angabe der von jedem Erschienenen vertretenen Stimmenzahl ist nicht notwendig (oben Anm. I a; dagegen Esser Anm. 2); sogar dann nicht, wenn Betrag der Grundkapitalanteile und Stimmenzahl nicht in einfachem Verhältnis zueinander stehen (Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 2, Staub[8]-Pinner Nr. 2). Zuzugeben ist die Zweckmäßigkeit des Aufnehmens aller vorstehend erwähnten Angaben; nur kann nicht anerkannt werden, daß nach der jetzigen Fassung des Gesetzes die Unterlassung gesetzwidrig ist und mithin (unten Anm. IV) einen Anfechtungsgrund abgibt.

II. **Auslegung zur Einsicht.** Die Auslegung hat am Ort der Generalversammlung zu erfolgen. Spätestens vor der ersten Abstimmung; auch wenn diese Abstimmung nur die Geschäftsordnung, z. B. die Wahl des Vorsitzenden, betrifft. Das Ausliegen hat, obgleich dies im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt ist, bis zum Schluß der Generalversammlung fortzudauern. Auch die nach der ersten Abstimmung Erscheinenden sind in das Verzeichnis aufzunehmen (Pinner Anm. I, Esser Anm. 1, Mosse, Staub[8]-Pinner Nr. 5, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 3), wenn sie nur vor Schluß der Generalversammlung erscheinen. Da das Verzeichnis der Teilnehmer überhaupt nicht die Stimmberechtigung des einzelnen Teilnehmers nachzuweisen bestimmt ist (oben Anm. I b), so braucht auch nicht ersichtlich gemacht zu werden, vor welcher Abstimmung die Teilnahme der nachträglich Erschienenen begonnen hat (dagegen Staub[8]-Pinner Nr. 5) oder wann Erschienene sich demnächst — sei es unter Abmeldung (dagegen Staub[8]-Pinner Nr. 5) oder ohne Abmeldung — entfernt haben. — Daß die Auslegung stattfinde, braucht nicht besonders mitgeteilt zu werden. Auch braucht in das Protokoll kein hierauf bezüglicher Vermerk aufgenommen zu werden (§ 259 Abs. 2); doch ist das Verzeichnis dem Protokoll als Anlage beizufügen (§ 259 Abs. 3). Eine Vorlesung des Verzeichnisses ist nicht erforderlich (KB. 85).

III. **Unterzeichnung.** Die Unterzeichnung braucht nicht gleichfalls bereits vor der ersten Abstimmung zu erfolgen, was unausführbar wäre, wenn die Generalversammlung sich ihren Vorsitzenden (§ 250 Anm. IV a 5) erst wählt. Dies sollte wohl klargestellt werden, indem die Redaktionskommission der Reichstagskommission die jetzige Fassung feststellte statt der ursprüng-

lich angenommenen, welche lautete: „Das Verzeichnis ist vor der ersten Abstimmung zur Einsicht auszulegen und von dem Vorsitzenden zu unterzeichnen". Da das Verzeichnis dem Protokoll als Anlage beizufügen ist, so hat die Unterzeichnung spätestens vor Schluß des Protokolls zu erfolgen. Hat der Vorsitz gewechselt, so wird nicht die Unterzeichnung durch den letzten Vorsitzenden (vgl. KB. 88) genügen, vielmehr Unterzeichnung der betreffenden Teile des Verzeichnisses durch die mehreren Vorsitzenden zu fordern sein.

IV. **Folge eines Verstoßes** gegen die Vorschriften des § 258 ist, da hierin eine Verletzung des Gesetzes liegt, die Zulässigkeit der Anfechtung gefaßter Beschlüsse gemäß §§ 271 ff. (ebenso Pinner Anm. II, Staub[8]-Pinner Nr. 6, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 5).

§ 259.

Protokoll.

Jeder Beschluß der Generalversammlung bedarf zu seiner Gültigkeit der Beurkundung durch ein über die Verhandlung gerichtlich oder notariell aufgenommenes Protokoll.

In dem Protokolle sind der Ort und der Tag der Verhandlung, der Name des Richters oder Notars sowie die Art und das Ergebniß der Beschlußfassungen anzugeben.

Das nach § 258 aufgestellte Verzeichniß der Theilnehmer an der Generalversammlung sowie die Belege über die ordnungsmäßige Berufung sind dem Protokolle beizufügen. Die Beifügung der Belege über die Berufung der Generalversammlung kann unterbleiben, wenn die Belege unter Angabe ihres Inhalts in dem Protokoll aufgeführt werden.

Das Protokoll muß von dem Richter oder Notar vollzogen werden. Die Zuziehung von Zeugen ist nicht erforderlich.

Eine öffentlich beglaubigte Abschrift des Protokolls ist unverzüglich nach der Generalversammlung von dem Vorstande zum Handelsregister einzureichen.

ADH. Art. 238a. **Entw. I** § 236. **Entw. II** § 251.

I. **Voraussetzung der Notwendigkeit einer Beurkundung.** („**Jeder Beschluß**".) Gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist nicht vorgeschrieben für Verhandlungen ohne Beschlußfassung. Wird aber ein Beschluß (§ 251 Anm. III, IV) gefaßt, so ist nach Abs. 1 das Protokoll über die „Verhandlung" aufzunehmen. Unter „Verhandlung" ist hierbei nicht die Gesamtheit aller Verhandlungen auf der betreffenden Generalversammlung, vielmehr nur die zu dem einzelnen Gegenstand, den der Beschluß betrifft, geführte Verhandlung zu verstehen. Die Worte „über die Verhandlung" in Abs. 1 sind beschränkend ausgelegt durch Abs. 2, der bestimmt, daß als Bedingung der Gültigkeit des Protokolls nichts anderes aus dem Inhalt der Verhandlungen als nur die „Art und das Ergebnis der Beschlußfassungen" angegeben werden müsse (unten Anm. IIb 4).

II. **Beurkundung.**

a. **Gerichtlich oder notariell aufgenommenes** Protokoll.

1. Allgemeines. Der § 259 schreibt vor, daß ein förmliches Protokoll aufzunehmen ist; eine bloße Bescheinigung über die gefaßten Beschlüsse genügt nicht. Welche Vorschriften maßgebend sind für die Form dieses Protokolls, vgl. nachstehend zu 2. Der Art. 141 EGBGB. ist nicht anwendbar, da die hier fragliche Anordnung der Beurkundung nicht im BGB. sondern im HGB. enthalten ist.

2. Inwieweit kommen neben § 259 die Vorschriften des FGG. oder der Landesgesetze in Betracht? Nach früherem Recht war streitig, inwieweit die Lücken des ADH. über Aufnahme gerichtlicher Protokolle aus dem Landesrecht zu ergänzen seien. Bei Feststellung der Fassung des jetzigen § 259 und in D. und KB. wurde nur

dies Verhältnis beachtet und das erst später verkündete FGG. noch nicht berücksichtigt. Jene frühere Streitfrage ist weder im Gesetz noch in der Denkschrift grundsätzlich entschieden; nur einige Zweifel sollten durch die neue Fassung des HGB. erledigt werden (D. 145) und sind durch sie erledigt worden. Die Denkschrift a. a. O. scheint aber davon auszugehen, daß Landesrecht überhaupt nicht zur Ergänzung herangezogen werden könne, denn sie drückt sich dahin aus, daß man aus „landesgesetzlichen Vorschriften . . . die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs in der fraglichen Beziehung ergänzen zu müssen glaubte". Die Reichstagskommission ging bezüglich einiger Einzelfragen von der gegenteiligen Voraussetzung aus, denn es wurde „als die Ansicht der Kommission festgestellt..., daß der Notar kraft Notariatsordnung wohl allgemein verpflichtet sei, das Protokoll zu verlesen, auch jeden Protest und jede erhobene Einwendung in das Protokoll aufzunehmen" (KB. 87). Was in D. und KB. von der Beziehung des HGB. zu den Landesgesetzen gesagt ist, würde nunmehr auch von der Beziehung des HGB. zum FGG. zu gelten haben. Man wird sich grundsätzlich für die Anschauung zu entscheiden haben, die der Denkschrift zu grund liegt, daß nämlich § 259 HGB. erschöpfende Vorschriften über den Inhalt und die Art der Aufnahme des Protokolls geben will (ebenso Pinner Anm. II, Ring Nr. 1, Staub[8]-Pinner Anm. 2; zweifelnd Jastrow ArchBürgR. 13 361 Anm. 29). Soweit dennoch Lücken vorhanden sind, werden aber die Vorschriften des FGG. (ebenso Staub[7] Anm. 2; dagegen Wellstein[2] zu FGG. § 168 Anm. 5, Staub[8]-Pinner Anm. 2) und etwaige von diesem nicht berührte Vorschriften des Landesrechts, für Preußen also PrFGG. Art. 53ff., entsprechend anzuwenden sein (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 4; abweichend Könige Anm. 239). Indessen ist hierbei zu beachten, daß die §§ 167 Abs. 1, 168ff. FGG. nur die Beurkundung des Inhalts von Rechtsgeschäften, nicht — wie hier — die Beurkundung von Vorgängen betreffen (D. 146, RG. 25 198). Die allgemeinen Vorschriften des FGG. (z. B. §§ 4, 5, 7, 10) sind wohl bei richterlichen Protokollen unmittelbar anwendbar (FGG. § 1); für Notare kommt in Preußen PrFGG. Art. 84, außer soweit auf Zuziehung eines Dolmetschers bezüglich (unten zu 3ζ), zur Anwendung. Für das Verhältnis des FGG. zu den Landesgesetzen ist FGG. § 200 zu beachten.

3. Im einzelnen ist zu bemerken:

α. Blinde, Taube, Stumme. Zuziehung von Zeugen ist allgemein für nicht erforderlich erklärt (§ 259 Abs. 4 Satz 2). Auch nicht entsprechend anwendbar sind daher die hierauf bezüglichen Vorschriften des FGG. §§ 169, 177 Abs. 2 oder landesgesetzliche Vorschriften über die Notwendigkeit einer Zuziehung von Zeugen bei Beteiligung (unten zu η) von Blinden, Tauben, Stummen oder sonst am Sprechen Verhinderten. Auch die Zuziehung eines zweiten Notars oder Sprechdolmetschers ist für nicht erforderlich zu erachten (vgl. RG. 25 201). Auf Ausschließung nicht verhandlungsfähiger Personen zu dringen, hat der Notar wohl nicht, wie RG. 25 202 angenommen, die Pflicht; die nicht bestimmt erkennbar abgegebenen Erklärungen sind vielmehr lediglich als nicht abgegeben zu behandeln, da die nicht Verhandlungsfähigen in der Lage waren, ihrerseits für Vertretung durch einen Verhandlungsfähigen Sorge zu tragen.

β. Verlesung des Protokolls ist nicht erforderlich (ebenso Pinner Anm. II 6, Rudorff zu Abs. 4; dagegen KB. 87). Die Verlesung ist in § 259 HGB. nicht angeordnet. Der § 177 FGG. ist aber nicht unmittelbar anwendbar, da er sich nur auf Beurkundung von Rechtsgeschäften bezieht (vgl. RG. 25 198); er ist nicht entsprechend anwendbar, weil die Nichterwähnung der Verlesung in § 259 keine Lücke darstellt.

γ. Anspruch des Aktionärs auf Erteilung einer Abschrift. Ein solcher Anspruch ist für den Fall richterlicher Protokolle aus FGG. § 34 abzuleiten, wenn der Aktionär ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht. Das HGB. verweist den Aktionär darauf, unter Hinterlegung einer Aktie die Gesellschaft um Mitteilung einer Abschrift der Beschlüsse zu ersuchen (§ 257 Satz 2) oder bei dem Handels-

gericht unter Glaubhaftmachung seines rechtlichen Interesses eine Abschrift des eingereichten Protokolls zu beantragen (§ 9 Abs. 2, KB. 87). Auch kann das Landesrecht einen Anspruch auf Abschrift gewähren.

δ. Versagung der Mitwirkung zu offenbar gesetzwidrigen Handlungen ist Pflicht des Richters und Notars nach öffentlichem Recht (RG. 34 116).

ε. Mitwirkungsverbote. Das Verbot des § 170 FGG. ist entsprechend anwendbar (abweichend Pinner Anm. II 7, Staub[8]-Pinner Anm. 4); der § 6 FGG. kommt wohl nicht in Betracht, weil FGG. § 170 eine Sonderbestimmung für Beurkundungen enthält. Über die Frage, wer „Beteiligter" im Sinn des FGG. § 170 ist, vgl. unten zu η.

ζ. Deutsche Sprache. Der § 175 FGG. ist für entsprechend anwendbar zu erachten; die §§ 8, 9 FGG. kommen wohl nicht in Betracht, weil FGG. § 175 eine Sonderbestimmung für Beurkundungen enthält. Auch § 179 FGG. ist wohl nicht anwendbar; ebensowenig PrFGG. Art. 84, soweit auf Gerichtssprache und Dolmetscher bezüglich (Jastrow[14] Formularbuch 1 228 III 7a Anm. 1a, 5b; dagegen Goldmann Nr. 1): vielmehr gilt in dieser Beziehung dasselbe wie bezüglich nicht deutlicher Erklärungen nicht Verhandlungsfähiger (oben zu α). Über die Frage, wer „Beteiligter" im Sinn des § 179 ist, vgl. unten zu η.

η. „Beteiligter." Zweifelhaft ist, wer bei Anwendung des FGG. oder der Landesgesetze als „Beteiligter" zu erachten ist. Jedenfalls ist dies nicht jeder erschienene Aktionär (entsprechend FGG. § 181, RG. 25 201, 7 311). Aber auch wohl nicht (was RG. 25 199 annimmt) jeder, der die Versammlung leitet oder einen Widerspruch zu Protokoll erklärt. Vielmehr wird wohl als „Beteiligter" nur anzusehen sein, wer nach § 252 Abs. 3 vom Stimmrecht ausgeschlossen ist (weitergehend Staub[8]-Pinner Anm. 4).

b. Inhalt des Protokolls (§ 259 Abs. 2). Der für die Gültigkeit des Protokolls erforderliche Mindestinhalt ist erschöpfend in § 259 Abs. 2 angegeben, also nicht ergänzbar aus dem FGG. oder aus Landesrecht (oben Anm. IIa 2). Ob die Satzung weitere Formvorschriften in dem Sinn, daß sie die Gültigkeit des Protokolls bedingen, vorschreiben kann, vgl. unten Anm. III. Das Protokoll wird nicht ungültig, wenn es mehr enthält als vorgeschrieben. Ein Beispiel eines freiwilligen Zusatzes enthält § 259 Abs. 3 Satz 2. Der Richter bzw. Notar hat die Pflicht zur Aufnahme eines zu Protokoll erklärten Widerspruchs eines Aktionärs (D. 146, KB. 86; vgl. § 271 Anm. Va 2ε), es sei denn, daß (z. B. wegen beleidigender Form) in der Protokollierung ein Mitwirken an einer strafbaren Handlung liegen würde (oben Anm. IIa 3δ). Entsprechend ist auch ein gemäß § 268 gestelltes Minderheitsverlangen auf Verfolgung von Gesellschaftsansprüchen im Protokoll zu vermerken (§ 269 Abs. 1 Satz 2). Andersartige Einwendungen oder Willenserklärungen, z. B. Einwendungen gegen die Richtigkeit der Beurkundung, brauchen wohl nicht protokolliert zu werden (vgl. oben Anm. IIa 3β; dagegen KB. 87). Soweit der Inhalt des Protokolls Zweifel oder Lücken läßt, kann nicht wirksam eine Ergänzung durch Zeugenvernehmung der Beteiligten erfolgen (OLG. Cassel 16 XII 04 OLGRspr. 10 246). — Nach § 259 Abs. 2 sind anzugeben:

1. Ort der Verhandlung. Vgl. § 250 Anm. IVa 4.
2. Tag der Verhandlung vgl. § 255 Anm. II.
3. Name des Richters bzw. Notars. „Name" = Vor- und Familienname (§ 162 Anm. I). Die Erwähnung der teilnehmenden Mitglieder der Gesellschaftsbehörden ist üblich und zweckmäßig (Ring Nr. 2), aber nicht notwendig (unten Anm. IIc 1).
4. Art der Beschlußfassungen. Unter einem Angeben der „Art der Beschlußfassung" (vgl. § 251 Anm. II) ist nicht nur zu verstehen die Feststellung, ob der Beschluß mittels namentlicher Abstimmung, mittels einer anderen Art der Abstimmung nach Mehrheiten, oder mittels Abstimmung durch Zuruf zustande gekommen ist; vielmehr ist wohl gemeint, daß der ganze Gang der Abstimmung anzugeben ist. Hiernach sind namentlich auch die einzelnen Anträge anzugeben, selbst soweit sie abgelehnt oder (dagegen Jastrow[14] Formularbuch 1 229 III 7a Anm. 4b) nach Beginn der Gesamtabstimmung zurückgezogen werden;

wollte man dies nicht zugeben, so würde von einem Protokoll „über die Verhandlung" (Abs. 1) nicht die Rede sein können. Eine Widergabe der vor Beginn der Gesamtabstimmung zurückgezogenen Anträge ist dagegen entbehrlich. Auch der Inhalt der einzelnen Erörterungen braucht nicht angegeben zu werden (Esser Anm. 1). Ebensowenig bedarf es einer Feststellung, wer bei den Erörterungen mitgewirkt hat. (Ähnlich Pinner Anm. II 1, Ring Nr. 2: Anträge und Erörterungen seien nur insoweit aufzunehmen, als sie für Verständnis der Beschlüsse notwendig sind.)

5. Ergebnis der Beschlußfassungen. Hierunter ist die Feststellung zu verstehen, daß ein bestimmter Beschluß gefaßt sei. Nicht genügt die Angabe, daß eine bestimmte Stimmenzahl für einen Antrag und eine bestimmte Zahl dagegen abgegeben sei; dies würde nur unter Angabe der „Art der Beschlußfassung" fallen. Wichtig ist dies für Fälle, in denen zweifelhaft sein kann, ob eine erschwerte Mehrheit oder welche Mehrheit für die Fassung des Beschlusses erforderlich ist. In der Feststellung, daß ein Beschluß gefaßt sei, liegt eine Schlußfolgerung aus der gleichfalls zu vermerkenden Art der Beschlußfassung, mithin keine Tatsache, die durch Feststellung in öffentlicher Urkunde beweisbar wäre (CPO. § 418).

c. **Beizufügen** (vgl. auch FGG. § 176 Abs. 2) sind (§ 259 Abs. 3):

1. Das Verzeichnis der Teilnehmer (§ 258). Wer außer den (in jenem Verzeichnis allein aufgeführten, § 258 Anm. I a) Teilnehmern auf Grund eines Anteilrechts teilgenommen hat, braucht — abgesehen von dem Namen des Richters bzw. Notars (oben Anm. II b 3) — weder aus dem Protokoll noch seinen Anlagen hervorzugehen (dagegen Pinner Anm. II 3).

2. Die Belege über die ordnungsmäßige Berufung. Welcher Art diese Belege sind, hängt davon ab, welche Form der Berufung (§ 182 Anm. IV b 6) vorgeschrieben ist. Ist man der Ansicht, daß auch die besonderen Mitteilungen gemäß § 257 Bestandteile der Berufungsform sind (§ 257 Anm. IV), so sind auch die Postscheine über Absendung der Mitteilungen beizufügen. Einer Beifügung der Belege für die ordnungsmäßige Ankündigung der Gegenstände der Verhandlung bedarf es nicht. — Nach § 259 Abs. 3 Satz 2 kann die Beifügung der Belege über die Berufung der Generalversammlung unterbleiben, „wenn die Belege unter Angabe ihres Inhalts in dem Protokoll aufgeführt werden." Hierunter ist wohl zu verstehen, daß der Inhalt, wenn auch nicht notwendig wörtlich (vgl. § 10 Anm. II a), so doch in allen wesentlichen Teilen wiederholt werden muß, und daß gleichzeitig die Belege, die jenen Inhalt enthalten, einzeln bezeichnet werden müssen. Ein gleichlautender Inhalt mehrerer Belege braucht hierbei nur einmal im Protokoll wiederholt zu werden (D. 146).

d. **Unterschrift.** Hierüber enthält § 259 Abs. 4 Satz 1 die erschöpfende Vorschrift, daß nur der Richter bzw. Notar das Protokoll zu „vollziehen", d. h. zu unterzeichnen habe. Vorschriften des FGG. oder der Landesgesetze, wonach noch andere Personen zu unterzeichnen haben, sind — da das HGB. eine erschöpfende Regel geben wollte — nicht anwendbar (oben Anm. II a). Ob eine Satzungsbestimmung dieses Inhalts mit der Wirkung getroffen werden kann, daß ein Verstoß gegen diese Bestimmung die Nichtigkeit des Protokolls zur Folge hat, vgl. unten Anm. III. Der Entwurf enthielt die Ordnungsvorschrift, daß der Vorsitzende der Generalversammlung gleichfalls unterschreiben solle (D. 146); dies ist jedoch von der Reichstagskommission gestrichen (KB. 87).

III. **Folge eines Verstoßes.** Die Worte „bedarf zu seiner Gültigkeit" in § 259 Abs. 1 ergeben, daß die Vorschrift der gerichtlichen oder notariellen Protokollierung zwingend sein sollte. Da die Absätze 2—4 nur eine nähere Erklärung dessen geben, was in Abs. 1 unter dem „Protokoll" verstanden ist, so wird man anzunehmen haben, daß auch die Vorschriften der Absätze 2—4 als zwingende, unverzichtbare gemeint sind. Unter ihnen auch die Vorschriften, daß Ort und Tag der Verhandlung anzugeben und Teilnehmerverzeichnis und Berufungsbelege beizufügen sind (Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 5, Staub[8]-Pinner Anm. 11; dagegen Staub[7] Anm. 10). Sind aber die Vorschriften des § 259 Abs. 1—4 zwingend, so folgt, daß deren Verletzung sowohl in dem Verfahren gemäß §§ 271 ff. (dagegen Pinner Anm. IV) wie auch

mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln (§ 273 Anm. IIb) geltend gemacht werden kann. Der Grundsatz, daß weniger erhebliche Verstöße in dem zu den Beschlüssen führenden Verfahren heilbar sind durch Nichtanfechtung binnen der einmonatlichen Frist des § 271 Abs. 2 (§ 273 Anm. IIa), ist mithin nach der Sonderbestimmung des § 259 Abs. 1 nicht auch anwendbar auf Mängel der Protokollierung. Soweit Bestimmungen des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur entsprechenden Anwendung kommen (oben Anm. IIa), wird das Gleiche auch bezüglich eines Verstoßes gegen diejenigen Vorschriften zu gelten haben, die nach FGG. wesentlich für die Gültigkeit des Protokolls sind (dagegen Ring Nr. 1). Dagegen ist bezüglich etwa entsprechend anzuwendender landesgesetzlicher Vorschriften auch FGG. § 200 Abs. 2 entsprechend zur Anwendung zu bringen, der lautet: „Soweit durch Landesgesetz allgemeine Vorschriften über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden erlassen werden, ist ein Verstoß gegen eine solche Vorschrift, unbeschadet der Vorschriften über die Folgen des Mangels der sachlichen Zuständigkeit, ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Beurkundung.“ Daß durch Satzung weitere Formvorschriften unter Androhung der Nichtigkeit des Protokolls vorgeschrieben werden, erscheint zulässig und wirksam (Staub[7] Anm. 7, Jastrow[14] Formularbuch 1 230 III 7a Anm. 9a; dagegen OLG. Dresden 1 III 04 ZHR. 56 249, Pinner Anm. II 5, Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 8, Staub[8]-Pinner Anm. 9); im Zweifel ist jedoch eine satzungsmäßige Formvorschrift nur als Ordnungsvorschrift auszulegen.

IV. **Einreichung zum Handelsregister** (§ 259 Abs. 5). Einreichungspflichtig ist der Vorstand (§ 234 Anm. Ic). Einzureichen ist eine öffentlich beglaubigte Abschrift des Protokolls. Dies auch, wenn das Protokoll gerichtlich aufgenommen ist. Maßgebend für die Form der öffentlichen Beglaubigung von Abschriften sind die Landesgesetze; für Preußen PrFGG. Art. 56ff. Die Einreichung hat „unverzüglich“, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121) nach der Generalversammlung zu erfolgen. Der Vorstand darf mit der Einreichung nicht z. B. darum zögern, weil er noch nicht in der Lage ist, die durch den Inhalt des Protokolls notwendig gewordenen Anträge zum Register zu stellen; denn an der unverzüglichen Einreichung können die Aktionäre ein selbständiges Interesse haben, da sie vorher — nach Reichsrecht (oben Anm. IIa 3γ) — keinen Anspruch auf Einsicht des Protokolls haben. Die Einreichung muß sowohl zum Register des Sitzes wie auch zu den Registern aller nicht im Bezirk des Sitzes befindlichen Niederlassungen erfolgen (§ 13 Anm. Ic, IIa, § 201 Anm. II, D. 146). Die Einreichung ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§ 14). — Auf Grund bloßer Einreichung hat keine Eintragung stattzufinden; Voraussetzung für Eintragung von Beschlüssen ist deren Anmeldung. Die Anmeldung von Beschlüssen hat nur in den ausdrücklich im Gesetz bestimmten Fällen (§§ 234, 277, 280, 289, 293 [292 Nr. 2, 303], 296, 304, 307) zu erfolgen. Über den Ausschluß einer Prüfungsbefugnis oder -pflicht des Registerrichters bei nur einzureichenden Beschlüssen vgl. § 195 Anm. Ig.

IV. Bilanz, Gewinnverteilungsbeschluß, Entlastung (§§ 260—265).

§ 260.

Beschluß der Generalversammlung.

Die Generalversammlung beschließt über die Genehmigung der Jahresbilanz und die Gewinnvertheilung sowie über die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsraths.

Der Vorstand hat in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahrs für das verflossene Geschäftsjahr eine Bilanz, eine Gewinn- und Verlustrechnung sowie einen den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft entwickelnden Bericht dem Aufsichtsrath und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung

vorzulegen. Im Gesellschaftsvertrage kann eine andere Frist, jedoch nicht über die Dauer von sechs Monaten hinaus, bestimmt werden.

ADH. Art. 239 Abs. 2 Satz 1. **Entw. I** § 237. **Entw. II** § 252.

I. **Beschlüsse über Bilanzgenehmigung, Gewinnverteilung und Entlastung. Allgemeines.**

a. **Selbständigkeit der einzelnen Beschlüsse.** Die drei erwähnten Beschlüsse sind, obgleich sie sachlich zusammenhängen, doch in der Form als getrennte zu behandeln. Durch die Genehmigung der Bilanz wird den Mitgliedern der Verwaltungsbehörden noch nicht Entlastung erteilt (D. 148: „nicht ohne weiteres"), und Entlastung kann erteilt werden ohne daß die Bilanz genehmigt wird (RG. **44** 67, Simon § 4). Dies ist klargestellt durch das Wort „sowie" in § 260 Abs. 1; die Bestimmung des Art. 239a Abs. 3 ADH., wonach bezüglich nicht bemängelter Ansätze der Bilanz die Entlastung als erteilt gelten solle, ist in das HGB. nicht aufgenommen (Simon § 4, Pinner Anm. IX, vgl. D. 148). Nicht mehr zutreffend (RG. **49** 146) für das neue Recht sind daher die Entscheidungen (RG. 7 X 98 JW. 609[40], RG. **44** 71; vgl. RG. 22 161), wonach die Genehmigung der Bilanz ohne Vorbehalt die Entlastung einschließe. Jedes ist ein besonderer Verhandlungsgegenstand, daher besonders anzukündigen. Aus der Unabhängigkeit des Bilanzgenehmigungs- vom Entlastungsbeschluß folgt auch, daß der Vorstand kein klagbares Recht auf Feststellung einer bestimmten Bilanz und eines bestimmten Reingewinns hat (RG. **49** 145), vorbehaltlich jedoch des Rechts des einzelnen Vorstandsmitglieds auf Zahlung des aus einer richtig aufgestellten Bilanz sich ergebenden etwa vertraglich zugesicherten Gewinnanteils. Bei Bilanzgenehmigung und Gewinnverteilung können auch diejenigen mitstimmen, welche wegen Widerstreits der Interessen ausgeschlossen sind vom Mitstimmen bei Entlastung (§ 252 Anm. V b 1). Eine Satzungsbestimmung, daß die vorbehaltlose Genehmigung der Bilanz eine Entlastung des Vorstands und Aufsichtsrats in sich schließe, ist für unwirksam zu erachten (Esser § 252 Anm. 8). Auch der Gewinnverteilungsbeschluß steht selbständig neben dem Bilanzgenehmigungsbeschluß (Goldmann Nr. 6; dagegen Staub[7] Anm. 3); über die hieraus sich ergebenden Folgerungen für die Geltendmachung des Anspruchs des Aktionärs auf seinen Anteil an dem durch die Bilanz festgestellten Reingewinn vgl. § 213 Anm. II c 2. Unter welchen Umständen der Entlastungs- und der Gewinnverteilungsbeschluß vor dem Bilanzgenehmigungsbeschluß gefaßt werden dürfen, vgl. § 264 Anm. III.

b. **Unübertragbarkeit des Beschließungsrechts.** Für die sämtlichen in § 260 der Generalversammlung zugewiesenen Beschlüsse ist die Generalversammlung ausschließlich zuständig; sie können nicht an andere Behörden übertragen werden (§ 250 Anm. IV b 1, D. 146, vgl. RG. **32** 95); dahingehende Satzungsbestimmungen oder Generalversammlungsbeschlüsse sind daher unwirksam.

II. **Genehmigung der Jahresbilanz.**

a. **Jahresbilanz.** Dies ist die für den Schluß (§ 39 Anm. II b) des Geschäftsjahrs (§ 39 Anm. III) aufzustellende Bilanz, gleichbedeutend mit „jährliche Bilanz" (§ 215 Anm. III d, § 216), im Gegensatz zu einer Zwischenbilanz (§ 240). Weder eine Zwischenbilanz noch die Eröffnungsbilanz (§ 39 Anm. II a, Simon § 31) unterliegt — mangels dahingehender Satzungsbestimmungen — der Genehmigung durch die Generalversammlung. Doch ist § 260 entsprechend anwendbar auch auf die Bilanz für den Liquidationsbeginn (§ 299 Anm. IV a). Über die Genehmigung einer Zwischenbilanz bei Umwandlung einer KAG. in eine AG. vgl.

§ 333 Abs. 2. Über die Verpflichtung zur Aufstellung von Jahresbilanzen vgl. §§ 39 ff. Über die insbesondere dem Vorstand einer AG. obliegende hierauf bezügliche Verpflichtung vgl. §§ 239, 240 Abs. 1. Über die Strafbarkeit wissentlich unwahrer Darstellung oder wissentlicher Verschleierung des Vermögensstandes der Gesellschaft vgl. § 314 Nr. 1. — Da das Geschäftsjahr kürzer aber nicht länger sein darf als zwölf Monate (§ 39 Abs. 2, KG. 6 I 02 OLGRspr. 4 463), so ergibt sich unter Umständen für die AG. die Notwendigkeit, das erste Geschäftsjahr (über den Zeitpunkt seines Beginns: § 239 Anm. II) besonders kurz zu bestimmen (KG. 20 IV 03 OLGRspr. 7 1) oder auch bei späterer Verlegung des Beginns des Geschäftsjahrs ein kürzeres Übergangs-Geschäftsjahr einzuschieben. Dem Geschäftsjahr folgt aber stets die Jahresbilanz, denn unter „Jahresbilanz" und „jährliche Bilanz" versteht das HGB., wie aus § 39 Abs. 2, § 260 Abs. 2 hervorgeht, die „geschäftsjährliche", nicht die „kalenderjährliche". Daher ist auch am Schluß eines derartigen kürzeren Geschäftsjahrs (sei es bei Beginn, sei es während der Dauer des Unternehmens) stets die Jahresbilanz zu ziehen und der Generalversammlung zur Genehmigung zu unterbreiten. Aus gleichem Grund ist eine Gewinnverteilung nach Maßgabe einer derartigen Bilanz eines kürzeren Geschäftsjahrs für zulässig zu erachten (§ 215 Anm. IIId; ebenso OLG. Hamburg 8 X 88 ZHR. 37 551, Rehm § 183 Ia, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 4; dagegen Pinner Anm. IV, Esser Anm. 7, Behrend § 133 Anm. 24, Staub[8]-Pinner § 215 Anm. 3; zweifelnd Simon § 32 Anm. 128). — Über die nach RStempG. § 63 bei Aufstellung der Jahresbilanz zu fertigende Aufstellung über die den Aufsichtsratsmitgliedern gewährten Vergütungen vgl. § 245 Anm. IV.

b. **Genehmigung.** Der Genehmigungsbeschluß enthält nicht etwa eine Entscheidung über die rechtlichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern, sondern ist nur ein Mittel, durch welches der Wille der Gesellschaft zur Entstehung und zum Ausdruck gebracht wird (RG. 32 95). Die vom Vorstand vorgelegte Bilanz — gleichgültig, ob sie vom Aufsichtsrat bemängelt ist oder nicht — hat nur die Bedeutung eines Entwurfs. Die Generalversammlung kann nach eigenem Ermessen, auch wenn der Vorstand widerspricht, den vorgelegten Entwurf ändern (ROH. 22 281, RG. 15 99, 49 145, RGSt. 13 358); der Ausdruck „Genehmigung" (statt „Feststellung") sollte dies nicht ausschließen, ist aber aus diesem Grund unzutreffend (Simon § 6). Über das Recht der Generalversammlung, die Prüfung des Bilanzentwurfs durch Revisoren anzuordnen, vgl. §§ 266, 267. Vorlegung aller Geschäftsbücher an die Generalversammlung kann die Generalversammlung nicht verlangen (Simon § 5 Anm. 52; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 20, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 5; vgl. oben § 231 Anm. IIb). Erst durch den Genehmigungsbeschluß der Generalversammlung wird die Bilanz endgültig festgestellt. Der Genehmigungsbeschluß (und mit ihm die Bilanz) ist dann jedoch noch in gleicher Weise (§§ 271 ff., 273 Anm. II; vgl. die Einschränkung durch § 271 Abs. 3 Satz 2) angreifbar wie andere Generalversammlungsbeschlüsse (RG. 49 145). Auch kann die Generalversammlung — vorbehaltlich etwa erworbener Rechte Dritter (§ 213 Anm. IIc, § 237 Anm. IIb; vgl. Simon § 6 Anm. 70) — den früheren Beschluß ändern und eine anderweit aufgestellte Bilanz genehmigen (RG. 32 95; vgl. RG. 37 64). Ist eine unrichtige oder das Gesetz oder die Satzung verletzende Bilanz genehmigt worden, so ist es sogar Pflicht der Gesellschaftsbehörden, anzuregen, daß sie durch einen neuen Beschluß geändert werde (RG. 32 94). — Die Anfechtung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses kann nicht darauf allein gestützt werden, daß der Wert eines Aktivums oder Passivums höher oder niedriger sei als der Bilanzansatz; vielmehr muß entweder die weitere Behauptung hinzukommen, daß ein böswilliges oder willkürliches Verfahren der Generalversammlung vorliege, z. B. die absichtliche Begründung einer nicht satzungsgemäßen stillen Rücklage (RG. 40 36, 43 127, RG. 16 III 99 HoldheimsMSchr. 145, Neukamp ZHR. 48 487), oder die (von dem Anfechtenden zu beweisende, RG. 43 129) Behauptung, daß ein offenbarer, einem Rechenfehler gleichzustellender Irrtum untergelaufen sei (RG. 32 52, 43 127). Ob schon die Feststellung der Bilanz oder erst der Gewinnverteilungsbeschluß dem Inhaber des Gewinnanteilscheins ein Gläubigerrecht auf einen entsprechenden Gewinnanteil gibt, vgl. § 213 Anm. IIb 3, c 4. — Der Aufsichtsrat hat den Entwurf der Jahresbilanz

mit seinen Bemerkungen zu versehen (§ 260 Abs. 2) und über die Bilanz der Generalversammlung zu berichten (§ 246 Anm. III a 2 α).

III. **Gewinnverteilungsbeschluß.** Ebenso wie für die Bilanz hat auch für die Gewinnverteilung der Vorstand einen Vorschlag zu machen (§ 246 Abs. 1 Satz 3). Für das Recht der Generalversammlung, diesen Vorschlag zu ändern, und für die Angreifbarkeit und Abänderbarkeit des Gewinnverteilungsbeschlusses gelten daher dieselben Grundsätze wie bezüglich der Bilanz (oben Anm. II b). Über die bei dem Gewinnverteilungsbeschluß einzuhaltenden Grenzen vgl. § 213 Anm. II d, § 215 Anm. I, III. Über die Frage, ob für Vorstand und Aufsichtsrat ein diese Grenzen verletzender Beschluß der Generalversammlung maßgebend ist, und ob sie ihn anfechten müssen wenn sie ihn nicht befolgen wollen, vgl. § 235 Anm. II, § 241 Anm. II b, § 271 Anm. V c. Über den Anspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat bei gesetzwidriger Auszahlung von Gewinnanteilen vgl. § 241 Anm. III c 2, § 249 Anm. III. — Über den Gewinnverteilungsvorschlag des Vorstands hat der Aufsichtsrat der Generalversammlung zu berichten (§ 246 Anm. III a 2 α). — Über den entsprechenden Verlustdeckungsbeschluß vgl. § 262 Anm. I c.

IV. **Entlastung.**

a. **Begriff.** Der Begriff der Entlastung ist im Gesetz nicht bestimmt, sondern vorausgesetzt. Die Entlastung ist eine Willenserklärung, dahin gehend, daß gegen den Entlasteten aus dessen Geschäftsführung während der fraglichen Zeit keine Forderung geltend gemacht werden solle (vgl. RG. 18 62, Bolze 15 Nr. 126), sei es, daß sie an sich bestehe oder nicht. Diese Willenserklärung ist wohl als einseitige aufzufassen; sie fällt daher nicht unter BGB. § 397 (Pinner Anm. IX). Trotz der Einseitigkeit ist sie aber bindend (zust. Ring Nr. 4); so kennt das BGB. an mehreren Stellen (z. B. BGB. §§ 208, 1892 Abs. 2) ein trotz seiner Einseitigkeit wirksames Anerkenntnis. Will man aber daran festhalten, daß eine einseitige derartige Erklärung unwirksam sei (Planck[3] § 397 Anm. 1), so würde man in der Entlastung einen Vertrag (BGB. § 397) erblicken müssen, bei welchem eine Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist (BGB. § 151). Gegen die obige Begriffsbestimmung spricht nicht BGB. § 1892 Abs. 2, denn die dort vorgesehene Anerkennung der abgelegten Rechnung des Vormunds als einer richtigen ist etwas von der nach früherem Recht (Preuß. Vorm.Odg. § 69) vorgeschriebenen Entlastung des Vormunds Verschiedenes, wie z. B. daraus hervorgeht, daß eine Rechnung als richtig anerkannt werden kann, auch wenn der Vormund den berechneten Bestand widerrechtlich zurückhält. Nicht beizutreten ist der Ansicht (RG. 12 77; ebenso Esser Anm. 3; vgl. unten Anm. IV b), daß in der Entlastung nur die Erklärung liege, aus den gemachten Vorlagen keine Veranlassung zu einer Rüge zu nehmen. Es kann gerügt und gleichzeitig dennoch Entlastung erteilt werden. Daß die Entlastung von dem Begriff des „Verzichts" umfaßt wird, ist stillschweigend vorausgesetzt in § 270 und ausdrücklich anerkannt in M. 128. — Geht man von der hier vertretenen Begriffsbestimmung aus, so ist ferner nicht beizutreten der Ansicht Pinners Anm. IX, daß eine Entlastung begriffsmäßig eine Rechnungslegung voraussetze; vielmehr kann es nur sich darum handeln, ob der einzelne Aktionär ein Sonderrecht darauf hat, daß die Gesellschaft die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat nicht ohne vorherige Rechnungslegung entlastet (§ 250 Anm. II c 11, RG. 34 58; vgl. auch RG. 44 68).

b. **Tragweite.** In der Rechtsprechung ist die Tragweite der erteilten Entlastung dahin eingeschränkt worden, daß sie sich nur auf diejenigen Teile der Geschäftsführung beziehe, die aus den der Generalversammlung gemachten Vorlagen erkennbar seien (RG. 12 77, 13 51, RG. 23 XI 04 HoldheimsMSchr. 05 140; dahingestellt RG. 18 63), und daß sich der Entlastungsbeschluß nur auf dasjenige erstrecke, was der Generalversammlung als solcher durch Vorlage des Vorstands und des Aufsichtsrats oder infolge der in der Versammlung gegebenen Anregungen unmittelbar oder mittelbar zur Beschlußfassung unterbreitet worden sei, wobei sogar unerheblich sei, ob Teilnehmer, welche eine Stimmenmehrheit vertraten, Kenntnis von dem in der Versammlung nicht zur Sprache gekommenen Sachverhalt hatten (RG. 7 XI 03 JW. 04 44[15]). Von anderer Seite ist demgegenüber ausgeführt worden, daß die Entlastung auch diejenigen Vorgänge ergreife, die von der Generalversammlung mittels der ihr zu-

stehenden Ernennung von Revisoren hätten ermittelt werden können (so Pinner Anm. IX, Staub[8]-Pinner Anm. 14; ähnlich Ring Nr. 4, 5; dagegen Goldmann Nr. 9), oder diejenigen, welche der Aufsichtsrat oder die tatsächlich ernannten Revisoren bemerkt haben oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätten bemerken können (so Simon 21). Das ROH. 22 280 nahm an, daß die Wahrnehmungen einer „Revisionskommission" als seitens der Gesellschaft erfolgt zu gelten haben, daher auf diese Wahrnehmungen die Entlastung sich mitbeziehe (dahingestellt RG. 12 77). Jene „Revisionskommission" entsprach dem jetzigen Aufsichtsrat (Simon 22 Anm. 59). Die Kenntnis des Aufsichtsrats erachten aber für nicht erheblich RG. 28 XI 89 in Bolze 9 Nr. 479, Staub[8]-Pinner Anm. 15. — Zutreffender ist es wohl, jede Einschränkung überhaupt abzulehnen. Die Entlastung bezieht sich hiernach nicht auf bestimmte einzelne Vorgänge, die zur Kenntnis gebracht oder zur Kenntnis gekommen sind; sie bezieht sich vielmehr auf die gesamte Geschäftsführung während eines bestimmten Zeitabschnitts. Die Gesellschaft hat die Möglichkeit, bevor sie die Entlastung ausspricht, die Geschäftsführung prüfen zu lassen; entlastet sie, ohne eine vorherige Prüfung vornehmen zu lassen, so tut sie dies auf ihre Gefahr (ähnlich Bolze 15 Nr. 126), und nur die Anfechtung wegen Willensmängel (unten Anm. IV c) und wohl auch Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung durch die Entlastung (BGB. § 812 Abs. 2 entsprechend anzuwenden; vgl. Planck[3] § 397 Anm. 1, 5) bleiben vorbehalten. Die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat haben ein Interesse daran, eine allgemeine Befreiung von etwaigen Forderungen aus der Geschäftsführung zu erhalten; eine Entlastung nur bezüglich eines nicht klar abgegrenzten Teils der Geschäftsführung würde für sie von geringem Wert sein. — In der Nichterwähnung der für die Entlastung erheblichen Tatsachen im Geschäftsbericht kann eine neue Pflichtwidrigkeit liegen (RG. 12 78); auch diese wird aber durch eine etwa erfolgte Entlastung für das Geschäftsjahr, in dessen Lauf der Geschäftsbericht vorgelegt ist, gedeckt. — In welchem Umfang die Generalversammlung Vorlegung der Bücher verlangen kann, vgl. oben Anm. II b.

c. **Willensmängel.** Die Entlastungserklärung, wie jede andere Willenserklärung, unterliegt den allgemeinen Regeln des BGB. §§ 116 ff. über Willensmängel (dagegen Pinner Anm. IX). Hiernach regelt sich namentlich auch die Zulässigkeit einer Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung (vgl. ROH. 22 279). Nur in diesem Zusammenhang wohl ist die Frage (oben Anm. IV b) erheblich (dagegen RG. 23 XI 04 HoldheimsMSchr. 05 141), inwieweit eine Kenntnis der betreffenden Vorgänge vorhanden war und mithin Irrtum oder Täuschung ausgeschlossen sind. Erheblich ist nach den allgemeinen Regeln die Unkenntnis, auch wenn sie verschuldet war; gleichgültig ist daher, ob die Generalversammlung sich Kenntnis hätte verschaffen können. In Betracht kommt allerdings die Kenntnis der Gesellschaft (Simon 22), aber doch nur insoweit diese Kenntnis durch die für die betreffende Willenserklärung zuständige Gesellschaftsbehörde vermittelt wird. Wollte man die letztere Beschränkung nicht zugestehen, so würde auch eine durch den Vorstand vermittelte Kenntnis genügen müssen. Zuständig für die Entlastungserklärung ist aber nur die Generalversammlung. Ihr wird man zwar eine Kenntnis der Revisoren zuzurechnen haben (BGB. § 166), denn sie sind bei der vorzunehmenden Prüfung Vertreter der Generalversammlung. Nicht aber auch eine Kenntnis des Aufsichtsrats, denn dieser ist eine selbständige Behörde der Gesellschaft. Ebensowenig eine Kenntnis des Vorstands, soweit es sich um Entlastung des Aufsichtsrats handelt. Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Kenntnis einer mehrgliedrigen Behörde, wie es die Generalversammlung ist, als vorhanden anzunehmen ist, vgl. § 236 Anm. IV.

d. **Wer ist zu entlasten?** Der § 260 Abs. 1 nennt als zu Entlastende den „Vorstand" und den „Aufsichtsrat", also die Behörden. Dies ist indessen ungenau. Der Anspruch auf Entlastung beruht auf dem Vertragsverhältnis zur Gesellschaft; ein solches Vertragsverhältnis besteht aber nicht zwischen der Gesellschaft und der Gesellschaftsbehörde, vielmehr nur zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Mitgliedern. Diese einzelnen Mitglieder sind daher zu entlasten (so zutreffend § 248 Abs. 2: „Entlastung des Vertreters", § 252 Abs. 3: „Wer . . . entlastet werden soll, ...", vgl. auch §§ 241, 249, 268: „Mitglieder"; dagegen RG. 55 77). Daraus folgt, daß die Generalversammlung

nicht nur getrennt über Entlastung der Vorstandsmitglieder und über Entlastung der Aufsichtsratsmitglieder beschließen kann (ebenso RG. 55 76), sondern auch getrennt über Entlastung jedes einzelnen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieds (ebenso OLG. Köln 22 XII 02 HoldheimsMSchr. 03 215; dagegen RG. 55 77), und daß — mag förmlich einheitlich oder getrennt abgestimmt sein — sachlich verschiedene Erklärungen bezüglich der einzelnen Mitglieder derselben Behörde beschlossen werden können, so daß z. B. ein Vorstandsmitglied entlastet, dem anderen die Entlastung verweigert werden kann (ROH. 20 222). Über das Stimmrecht von Aktionären, die Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder sind, bei Entlastungsbeschlüssen vgl. § 252 Anm. IV b 1.

e. **Anspruch auf Entlastung.** Ein solcher Anspruch besteht (RG. 49 145), und zwar (oben Anm. IV d) als selbständiger jedes einzelnen Mitglieds von Vorstand und Aufsichtsrat (anscheinend ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 10). Er kann durch Klage geltend gemacht werden (Esser Anm. 5, Pinner Anm. IX) und bleibt unbeeinträchtigt durch Beschlüsse der Gesellschaft, selbst wenn der Entlastungsberechtigte zugleich Aktionär ist (§ 273 Anm. II b 1). In welcher Weise die Klage eines Aufsichtsratsmitglieds zu begründen, vgl. Marcus in HoldheimsMSchr. 05 40.

V. **Vorlegung von Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und Geschäftsbericht** (§ 260 Abs. 2).

a. **Bilanz** für das verflossene Geschäftsjahr. Gemeint ist der Entwurf für die demnächst festzustellende „Jahresbilanz" (oben Anm. II). Bilanz vgl. § 39 Anm. I c.

b. **Gewinn- und Verlustrechnung.** Eine solche kommt nur bei doppelter Buchführung vor, so daß durch die Anordnung, daß eine Gewinn- und Verlustrechnung vorzulegen sei, mittelbar doppelte Buchführung für erforderlich bei der AG. erklärt ist (§ 38 Anm. I b, Simon § 24 Anm. 23). Unter „Gewinn- und Verlustrechnung" ist hierbei eine Abschrift des bei Abschluß der Bücher für das betreffende Geschäftsjahr aufzustellenden Gewinn- und Verlustkontos zu verstehen (Simon 72), unter Außerachtlassung der Gewinnverteilung bzw. Verlustausgleichung zum Schluß des Vorjahrs (Simon 77 Anm. 30). Durch diese Gewinn- und Verlustrechnung werden mithin die einzelnen Posten des Gewinns oder Verlusts, die sich für das Geschäftsjahr ergeben haben, aufgedeckt, wobei aber die Hilfskonten des Gewinn- und Verlustkontos (Handlungsunkostenkonto, Steuerkonto, Zinsenkonto und andere) nur mit ihrem Saldo einzusetzen sind (Simon 69). Auch der Betrag der etwa vorgenommenen Abschreibungen ist ein Posten der Gewinn- und Verlustrechnung. Indessen ist nicht gesetzlich vorgeschrieben, daß er notwendig als gesonderter Posten angegeben werden muß (OLG. Hamburg 11 X 01 EntschHG. 2 239 KGJ. 23 D 23 OLGRspr. 3 279). Der Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung muß übereinstimmen mit dem aus der Vergleichung der Aktiva und Passiva in der Bilanz sich ergebenden Gewinn oder Verlust (§ 261 Nr. 6). Hierbei ist zu beachten, daß der Gewinn- oder Verlustvortrag vom Vorjahr in die neue Gewinn- und Verlustrechnung eingesetzt wird; mithin stellt der Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung keineswegs das Jahresertrāgnis dar; vielmehr ist zur Ermittelung des letzteren der vorgetragene Gewinn bzw. Verlust in Abzug zu bringen (Simon 78) bzw. (wenn das Saldo des Gewinn- und Verlustkontos auf derselben Seite wie der Vortrag erscheint) hinzuzuzählen. — Die im § 262 genannten Beträge dürfen nicht in die Gewinn- und Verlustrechnung eingestellt, müssen vielmehr unmittelbar in die Bilanz aufgenommen werden (einerseits als Vermehrung des Reservefonds, andererseits — soweit neu eingezahlt (Nr. 2, 3) und noch vorhanden — als vermehrte Aktiva); und zwar die Beträge Nr. 2 und 3 in die Bilanz des laufenden, der Betrag Nr. 1 in die Bilanz des künftigen Jahres; vgl. auch Simon 86. — Über die Gewinn- und Verlustrechnung und andere Jahresrechnungen hat der Aufsichtsrat Bericht an die Generalversammlung zu erstatten (§ 246 Anm. III a 2 α). Die Gewinn- und Verlustrechnung unterliegt aber nicht der Genehmigung der Generalversammlung. Da jedoch die Abänderung des Bilanzentwurfs auch die Änderung einiger Posten der Gewinn- und Verlustrechnung (z. B. des Postens für Abschreibungen) notwendig machen kann, um die Übereinstimmung der Buchungen wiederherzustellen, so wird der Vorstand, wenn er sich dem Bilanzfeststellungsbeschluß der Generalversammlung unterwirft, nachträglich das Gewinn- und Verlustkonto in den Büchern der Gesellschaft entsprechend zu berichtigen haben.

c. **Geschäftsbericht.** Sein Inhalt ist im Gesetz bestimmt als ein „für das verflossene Geschäftsjahr den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft entwickelnder Bericht". Der Entwurf enthielt als Abs. 3 die Vorschrift: „In dem Geschäftsbericht ist insbesondere anzugeben, nach welchen Grundsätzen die Werte in der Bilanz angesetzt und die Abschreibungen vorgenommen sind. Ist hierbei nach anderen Grundsätzen verfahren als bei der Aufstellung der letzten Jahresbilanz, so sind die Gründe der Abweichung anzugeben." Diese Bestimmung ist von der Reichstagskommission gestrichen worden, da eine so weit gehende Offenlegung der Verhältnisse der Gesellschaft und die hieraus für Mitbewerber sich ergebende Möglichkeit der Kenntnisnahme geeignet sei, Schädigungen vieler Unternehmungen herbeizuführen. Maßgebend für den Umfang der Offenlegung ist mithin das vom Vorstand mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns (§ 241 Abs. 1) zu erwägende Interesse der Gesellschaft; eine Grenze bildet — abgesehen von etwaigen Maßregeln der Generalversammlung zur Erzwingung der Auskunft (§§ 266, 267; vgl. § 231 Anm. II b) — nur das Verbot unwahrer Darstellung oder Verschleierung der Verhältnisse der Gesellschaft (§ 314 Nr. 1). Auch kann der Umfang, in welchem der Geschäftsbericht die stattgehabte Geschäftsführung aufdeckt, für die Frage in Betracht kommen, ob eine daraufhin erteilte Entlastung demnächst anfechtbar ist wegen Nichtkenntnis der Generalversammlung von den betreffenden Vorgängen (oben Anm. IV c). — Bezüglich des Geschäftsberichts hat der Vorstand eine völlig andere Stellung im Verhältnis zur Generalversammlung als bezüglich der von ihm vorzulegenden Bilanz. Bezüglich der **Bilanz** macht der Vorstand **nur** einen Vorschlag, während die Generalversammlung endgültig feststellt (oben Anm. II b); den **Geschäftsbericht** erstattet der Vorstand völlig selbständig und unter eigener Verantwortung, so daß weder der Aufsichtsrat noch die Generalversammlung eine Änderung beschließen können. Die Generalversammlung hat den Geschäftsbericht nicht zu genehmigen; auch wenn gegen seinen Inhalt nicht ausdrücklich Widerspruch erhoben wird, liegt darin doch keine Genehmigung des Inhalts seitens der Generalversammlung; etwaige im Geschäftsbericht enthaltene Vorschläge für die Zukunft oder Schlußfolgerungen werden daher nicht bindend für die Gesellschaft durch Nichterhebung eines Widerspruchs.

d. **Vorlegung.** Die **Vorlegung** des Bilanzentwurfs, der Gewinn- und Verlustrechnung und des Geschäftsberichts hat in den drei ersten Monaten des Geschäftsjahrs zu erfolgen, und wenn die Satzung (§ 182 Anm. I) eine andere Frist vorschreibt, innerhalb dieser Frist, jedoch spätestens in den ersten sechs Monaten des Geschäftsjahrs. Für die **Fertigstellung** sind die allgemeinen Regeln (§ 39 Abs. 2 Satz 2, § 239) maßgebend (Pinner Anm. III 1). Die Vorlagen sind zunächst dem **Aufsichtsrat** und mit dessen Bemerkungen noch innerhalb der obigen Frist der **Generalversammlung** zu machen. Dies ist dahin zu verstehen, daß die Generalversammlung unter rechtzeitiger Ankündigung jener Vorlagen als Gegenstand der Verhandlung (§§ 256, 257) und unter rechtzeitiger Auslegung der Vorlagen (§ 263) so rechtzeitig zu berufen ist (§§ 255, 257), daß sie noch innerhalb jener Frist zusammentritt und ihr dann diese Vorlagen gemacht werden. Zur Befolgung der Vorschriften des § 260 Abs. 2 sind die Mitglieder des Vorstands bezw. die Liquidatoren durch Ordnungsstrafe anzuhalten (§ 319 Abs. 1). Bei Verletzung haften die Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats für den entstandenen Schaden (§§ 241 Abs. 2, 249 Abs. 2). Die Versäumung der Frist macht die daraufhin gefaßten Beschlüsse nicht anfechtbar (KGJ. 12 28); andernfalls wäre die Versäumung nie wieder gutzumachen. Dagegen ist ein Beschluß über Feststellung der Jahresbilanz, Gewinnverteilung oder Entlastung, der gefaßt ist, ohne daß die Vorlagen gemäß § 260 Abs. 2 ordnungsmäßig gemacht waren, für anfechtbar gemäß §§ 271 ff. zu erachten. — **Nicht** vorgeschrieben ist, daß auch die Vorschläge über **Gewinnverteilung** innerhalb der Frist des § 260 Abs. 2 gemacht und daß die Beschlüsse des § 260 Abs. 1 innerhalb dieser Frist gefaßt werden müssen. Über die Grenzen des Sonderrechts auf Bilanzfeststellung vgl. § 264 Anm. I. — Über die vorgeschriebenen „Bemerkungen" des Aufsichtsrats vgl. § 246 Anm. III a 2 α. — Nicht vorgeschrieben ist, daß dem Aufsichtsrat oder der Generalversammlung auch vorzulegen sei die nach RStempG. 3 VI 06 § 63 bei Aufstellung der Jahresbilanz anzufertigende Aufstellung (§ 245 Anm. IV) über die den Aufsichtsratsmitgliedern seit der letzten Bilanzaufstellung gewährte Vergütung.

§ 261.

Aufstellung der Bilanz.

Für die Aufstellung der Bilanz kommen die Vorschriften des § 40 mit folgenden Maßgaben zur Anwendung:

1. Werthpapiere und Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, dürfen höchstens zu dem Börsen- oder Marktpreise des Zeitpunktes, für welchen die Bilanz aufgestellt wird, sofern dieser Preis jedoch den Anschaffungs- oder Herstellungspreis übersteigt, höchstens zu dem letzteren angesetzt werden;
2. andere Vermögensgegenstände sind höchstens zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis anzusetzen;
3. Anlagen und sonstige Gegenstände, die nicht zur Weiterveräußerung, vielmehr dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmt sind, dürfen ohne Rücksicht auf einen geringeren Werth zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis angesetzt werden, sofern ein der Abnutzung gleichkommender Betrag in Abzug gebracht oder ein ihr entsprechender Erneuerungsfonds in Ansatz gebracht wird;
4. die Kosten der Errichtung und Verwaltung dürfen nicht als Aktiva in die Bilanz eingesetzt werden;
5. der Betrag des Grundkapitals und der Betrag eines jeden Reserve- und Erneuerungsfonds sind unter die Passiva aufzunehmen;
6. der aus der Vergleichung sämmtlicher Aktiva und sämmtlicher Passiva sich ergebende Gewinn oder Verlust muß am Schlusse der Bilanz besonders angegeben werden.

ADH. Art. 239 b (185 a). **Entw. I** § 238. **Entw. II** § 254.

I. **Verweisung auf § 40.** Soweit § 261 nichts Abweichendes bestimmt, sollen die allgemeinen Vorschriften des § 40 über Bilanzen zur Anwendung kommen (RG. 5 III 00 JMBl. 633). Dies gilt namentlich von der grundlegenden Bedeutung des Werts für den Bilanzansatz (§ 40 Anm. II c). Es gilt ferner von denjenigen Gruppen von Vermögensgegenständen und Verbindlichkeiten, über deren Bewertung der § 261 gar keine Bestimmungen enthält, wie z. B. der eigenen Schulden der AG. und (mit geringen Ausnahmen; unten Anm. V a) ihrer Forderungen (vgl. ferner Anm. VI b). Auch die Bestimmung des § 40 Abs. 2, daß für die Bewertung derjenige Zeitpunkt maßgebend sei, für welchen die Aufstellung stattfindet, kommt

zur Anwendung (Pinner Anm. I 2; in § 261 Nr. 1 ist dies überdies ausdrücklich hervorgehoben). Da die Bilanz Teil der Buchführung ist (§ 239 Anm. II), so kommt ergänzend auch die Vorschrift des § 38 Abs. 1 zur Anwendung, wonach nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung (nicht etwa unter Zugrundlegung der zum Teil abweichenden Rechtsbegriffe) die Lage des Vermögens ersichtlich zu machen ist. Über die Zulässigkeit und die Art der Berücksichtigung schwebender Geschäfte vgl. § 40 Anm. III g. — Zu beachten ist, daß einzelne Vorschriften des § 261 nur dasselbe bestimmen, was sich auch aus § 40 ergeben würde, einzelne dagegen Abweichendes. Wo ersteres der Fall und wo letzteres, ist im § 261 nicht unterschieden.

II. **Verteilungsbilanz, Vermögensbilanz oder Gewinnermittlungsbilanz?**

Bestritten ist, ob durch die Vorschriften des § 261 die Bilanz der Aktiengesellschaft eine andere grundsätzliche Bedeutung erhält als eine lediglich in Gemäßheit des § 40 aufgemachte Bilanz anderer Kaufleute. Ist wesentliche Aufgabe der gemäß § 261 aufgemachten Bilanz die Feststellung der Höhe des verteilbaren Reingewinns (so D. 163, Staub[8]-Pinner Anm. 13, Neukamp in HoldheimsMSchr. 98 199, vgl. RG. 8 II 05 JW. 235[20]: „Gewinnverteilungsbilanz"), oder ist wesentliche Aufgabe die Gewährung einer Übersicht des Vermögensstands zur Zeit der Bilanzaufstellung (so ungefähr Simon 92) oder dient die Bilanz beider Zwecken (so ohne Unterscheidung zwischen Bilanzen der AG. und anderen Bilanzen Neukamp in ZHR. 48 469), oder ist wesentliche Aufgabe die Feststellung der Höhe der seit dem Vorjahr eingetretenen Reinvermögensänderung (so Rehm §§ 3, 15, 16)?

Der ersteren Ansicht wird für das geltende Recht beizutreten sein. Durch die Vorschrift des § 261 Nr. 6, daß der aus der Vergleichung sämtlicher Aktiva und sämtlicher Passiva sich ergebende Gewinn oder Verlust am Schluß der Bilanz besonders anzugeben sei, sind die vorhergehenden Vorschriften der Nummern 1—5 zu Hilfsvorschriften behufs einer dem Willen des Gesetzgebers entsprechenden Berechnung jenes Gewinns oder Verlustes gestempelt, und auf den nach der Bilanz sich ergebenden Reingewinn verweist § 215 Abs. 1 als auf die Grenze desjenigen, was nach öffentlichem Recht verteilt werden darf. Nun bestimmt aber § 261 Nr. 1, 2 ausdrücklich, daß in bestimmten Fällen ein anderer Betrag eingesetzt werden soll als der nach § 40 einzusetzende Wert zu dem Zeitpunkt, für welchen die Bilanz aufgestellt wird (dies gesteht auch Simon zu, z. B. S. 312, 338, 352, und dies Zugeständnis genügt für die Entscheidung der Frage; vgl. D. 141), und in § 261 Nr. 3 ist für einen anderen Fall eine solche Abweichung des eingesetzten (von dem nach § 40 einzusetzenden) Wert doch gestattet (dies scheint Simon nicht zugeben zu wollen; vgl. jedoch unten Anm. VI a 2). Hieraus ergibt sich, daß es dem Gesetzgeber in erster Reihe nicht auf die Herstellung einer getreuen Vermögensübersicht — sei es des jetzigen Zustands, sei es der Änderung seit Schluß des Vorjahrs — ankam, sondern um die Ersichtlichmachung dessen, was bei vorsichtiger Wirtschaftsführung noch verteilt werden darf, ohne die Bewahrung genügenden Betriebskapitals und genügender Sicherung für die Gläubiger zu gefährden. Der enge Zusammenhang der Vorschriften des § 261 mit der Gewinnverteilung zeigt sich auch darin, daß sie während der Liquidation außer Anwendung bleiben, da dann die Gewinnverteilung aufhört (§ 299 Abs. 2).

Zuzugeben ist allerdings, daß auch die gewöhnliche Bilanz des § 40, trotzdem das Gesetz für sie in § 40 Abs. 2 den Grundsatz der Einsetzung des Werts (§ 40 Anm. II c) ausnahmslos verkündet, tatsächlich nicht immer in allen Beziehungen diesem Grundsatz entsprechend aufgestellt wird, sondern auch hier das Bestreben herrscht, bestimmte noch nicht endgültig in Sicherheit gebrachte Gewinne äußerlich nicht als Gewinn erscheinen zu lassen und bei Betriebsanlagen regelmäßige Abschreibungen an die Stelle wiederholter und ihrer Natur nach unsicherer Schätzungen zu setzen; auch kommt die Denkschrift jenem Bestreben entgegen, indem sie bei Betriebsanlagen höhere jährliche Abschreibungen als sie der wirklichen Abnutzung entsprechen, für zulässig erachtet (D. 46, § 40 Anm. II e). Hierdurch nähert sich die gewöhnliche Bilanz derjenigen der Aktiengesellschaft; nichtsdestoweniger bleibt der grundsätzliche Unterschied bestehen (dagegen Simon 335).

Übrigens ist die Feststellung des verteilbaren Reingewinns nicht der einzige gesetzliche Zweck der Vorschriften des § 261. Auch in anderen Beziehungen wird auf jene Vorschriften

verwiesen; so in §§ 237, 245 für die Berechnung von Gewinnanteilen, in § 262 für die Höhe der notwendigen Rücklagen zum Zwangsreservefonds.

Daß die Regeln des § 261 nicht geeignet sind, die Bilanz unmittelbar zu einer wirklichen Vermögensübersicht zu machen, ist durch die Fassung des § 240 anerkannt, der für die Frage, ob die „Hälfte des Grundkapitals" verloren sei oder Überschuldung vorliege, nicht dasjenige für maßgebend erklärt, was sich aus der Bilanz ergibt, vielmehr nur dasjenige, was sich bei (d. h. gelegentlich) Aufstellung einer Bilanz ergibt (§ 240 Anm. I a). Einen Anhalt für die Beurteilung der Vermögenslage gibt allerdings auch die Bilanz des § 261; um indessen eine Übersicht des Vermögens zu erhalten, bedarf es noch zusätzlicher Berechnungen.

Insoweit die Vorschriften des § 261 dazu zwingen, für Vermögensgegenstände einen geringeren Betrag als den Wert in die Bilanz einzusetzen, liegt in dem Unterschied zwischen beiden Beträgen eine (nicht äußerlich aus der Bilanz erkennbare) Zwangsrücklage (vgl. Simon 338, 470).

III. **„Bilanz"** in § 261 (und §§ 39 ff.; vgl. jedoch § 333 Abs. 2) muß abweichend vom Gebrauch dieses Worts in § 260 Abs. 2 und in §§ 263—265 (und wohl auch § 266) nicht nur in dem Sinn von „Jahresbilanz" (§ 260 Anm. II a), sondern in weiterem Sinn verstanden werden. Indem in § 240 Abs. 1 auf das bei Aufstellung einer „Zwischenbilanz" sich Ergebende Bezug genommen wird, ist dort vorausgesetzt, daß auch diese Zwischenbilanz nach Maßgabe des § 261 aufgestellt ist. Zu demselben Verfahren zwingt sowohl bezüglich etwaiger Zwischenbilanzen wie auch bezüglich der Eröffnungsbilanz der Zusammenhang mit der Buchführung. Wollte man zugestehen, daß die Eröffnungsbilanz nicht gemäß § 261, sondern ausschließlich gemäß § 40 aufzustellen ist, so würden unter Umständen beim ersten Jahresabschluß Ausgleichungsposten in die Bücher aufgenommen werden müssen, um diese in Übereinstimmung mit der gemäß § 261 aufzustellenden Jahresbilanz zu setzen. — Über die Bedeutung von „Bilanz" in § 262 vgl. § 262 Anm. I a. — Für die Liquidationsbilanzen bleibt § 261 außer Anwendung (§ 299 Abs. 2). — Über die Bilanz von Hypothekenbanken vgl. HypBankG. 13 VII 99 (RGBl. 375) §§ 24 ff., über die Bilanz von Notenbanken BankG. 14 III 75 (RGBl. 177) § 8.

IV. **Börsen- oder Marktpreis.** (Simon §§ 93, 94.)

a. **Begriff.** Auf den Börsen- oder Marktpreis ist auch Bezug genommen in BGB. §§ 385, 1221, 1235, 1295, HGB. §§ 373, 400, auf den Börsenpreis außerdem in HGB. §§ 220, 290, auf den Marktpreis in BGB. § 453. Der Börsenpreis ist eine Art des Marktpreises (D. 230); er setzt das Bestehen einer Börse (OLG. 34 315) voraus. Markt ist hier nicht in der ursprünglichen Bedeutung dieses Worts, im Sinn regelmäßiger örtlich und zeitlich bestimmter, dem Abschluß von Kaufgeschäften gewidmeter Zusammenkünfte gebraucht; vielmehr ist nur erforderlich, daß die Ware in einem bestimmten räumlichen Gebiet regelmäßig umgesetzt wird (Simon § 93). Der Marktpreis ist demnach derjenige Preis, der für eine Ware gewisser Gattung und Art von durchschnittlicher Güte an dem Handelsplatz, wo sie einen Markt hat, und in dessen Handelsbezirk zu einer gewissen Zeit im Durchschnitt gewährt wird (Goldschmidt[2] Handbuch § 64 a). Im Börsen- oder Marktpreis kommt der allgemeine Veräußerungswert zum Ausdruck (Simon 301). Für das Bestehen eines Marktpreises ist dessen amtliche oder außeramtliche Feststellung kein Erfordernis (ROH. 2 195, RG. 23 I 97 JW. 138[25], Simon 355); ebensowenig für das Bestehen eines Börsenpreises (RG. 47 113). Von den Zusätzen „Bezahlt" (= umgesetzt), „Geld" (= nachgefragt), „Brief" (= angeboten) bei Notierung des Markt- oder Börsenpreises zeigt nur der erste einen Marktpreis an (RG. 34 121); doch sind auch der zweite und dritte in der Regel als Niedrigst- bezw. Höchstgrenze des wirklichen Markt- oder Börsenpreises mit zu berücksichtigen (Simon 356). Ein nur für Zeitgeschäfte vorhandener Börsen- oder Marktpreis ersetzt nicht das Fehlen eines Börsen- oder Marktpreises für sofort zu erfüllende Geschäfte (vgl. RG. 34 122).

b. **Ermittelung.** „Marktpreis, Börsenpreis sind Tatsachen, keine Urteile" (Simon 354); aber die Ermittlung jener Tatsachen ist nicht ohne Schlußfolgerungen (häufig auch anderer als rein rechnerischer) möglich. Besteht eine amtliche Feststellung des betreffenden Preises, und sind bei der amtlichen Ermittelung nicht nur geringfügige Umsätze in Betracht ge-

zogen (RG. 12 9; insoweit ist der auf den Marktpreis sich Berufende beweispflichtig, was RG. dahinstellt), so ist der amtlich festgestellte Preis zu grund zu legen; doch ist der Gegenbeweis (CPO. § 418) zulässig, daß diese Feststellung eine unzutreffende sei (ROH. 2 195, RG. 12 8); ebenso bei nichtamtlichen Ermittelungen, nur daß hier keine formale Beweiskraft der Feststellung besteht (vgl. Simon 355, Esser Anm. 3).

c. **Maßgebender Ort.** Sowohl für die Frage, ob überhaupt ein Börsen- oder Marktpreis besteht, wie auch für dessen Höhe entscheidet wohl nicht in erster Reihe der Sitz der Gesellschaft oder der für den Sitz maßgebende Handelsplatz (so Simon § 94), vielmehr wohl der Ort, an welchem die Gegenstände sich befinden und der für jenen Ort maßgebende Handelsplatz (zust. Ring Nr. 9), es sei denn, daß am Sitz auch ein Marktpreis für an dem betreffenden dritten Ort lagernde (z. B. verschiffte) Waren besteht. Man denke z. B. an den Fall, daß schwer bewegliche Waren am Ort einer Zweigniederlassung oder im Ausland aufgestapelt sind. Der gewöhnliche Marktpreis des Sitzes würde für dergleichen Gegenstände nicht maßgebend sein können, da nicht nur die Fortbewegungskosten, sondern auch die Fortbewegungszeit in Rechnung gezogen werden müßte. Zu beachten ist, daß für verschiedene Gattungen von Gegenständen, auch wenn diese sich am gleichen Ort befinden, verschiedene Handelsplätze als maßgebend in Betracht kommen können. Für Gegenstände, die an einem entfernten Ort umgesetzt werden können, ohne daß ihr Nichtdortsein dies hindert, wird unter Umständen selbst der Preis an jenem entfernten Ort der maßgebende sein.

d. **Maßgebende Zeit.** Ist für den maßgebenden Zeitpunkt kein bestimmter Börsen- oder Marktpreis zu ermitteln, so ist der für den letztvorhergehenden und verhältnismäßig nahen Zeitpunkt ermittelte für entscheidend zu erachten, es sei denn, daß aus besonderen Gründen anzunehmen ist, daß der Preis sich inzwischen geändert haben würde. Für einen bestimmten Zeitpunkt wird überhaupt nur selten ein Börsen- oder Marktpreis ermittelbar sein. Maßgebend ist dann unter obiger Einschränkung der Preis des letztvorhergehenden nahen Zeitraums (vgl. § 400 Anm. IIIc 2). Über den im Fall des § 261 Nr. 1 maßgebenden Zeitpunkt vgl. unten Anm. VIIb 1.

V. **Anschaffungs- oder Herstellungspreis.** (Simon §§ 88—91.)

a. **Begriff.** Bezüglich jedes einzelnen Gegenstands kann nur entweder der Anschaffungspreis oder der Herstellungspreis in Betracht kommen. Ersteres wenn der Gegenstand nur angeschafft und demnächst keiner willkürlichen Veränderung unterworfen worden ist. Letzteres, wenn entweder durch die AG. der Gegenstand erst als solcher ursprünglich hergestellt oder wenn er nach Anschaffung durch die AG. einer willkürlichen Veränderung unterzogen worden ist. Mit „Anschaffung" wird auch in diesem Zusammenhang kein weiterer Begriff zu verbinden sein als im § 1 Nr. 1 (§ 1 Anm. IXa); nur ist hier — weil es sich nicht nur um bewegliche Sachen, sondern beliebige Vermögensgegenstände handelt — nicht die Einschränkung zu machen, daß der Erwerb zu Eigentum erfolgt sein müsse, so daß, wenn ein Gebrauchsrecht an einer Sache erworben ist, zwar nicht die Sache, aber das Recht als „angeschafft" zu gelten haben wird. Hält man an diesem Begriff der Anschaffung fest, so folgt, daß weder von einem Anschaffungs-, noch von einem Herstellungspreis gesprochen werden kann bezüglich derjenigen keiner willkürlichen Veränderung unterzogenen Gegenstände, die von der AG. unentgeltlich oder von Todeswegen oder in einer nicht unter den Begriff der Herstellung fallenden ursprünglichen Art, z. B. durch Fund, oder auch durch Einlegung (dagegen Simon § 98 Nr. 1; aus dem von ihm angezogenen § 191 ist jedoch wohl weder für noch gegen diese Ansicht etwas ableitbar) erworben worden sind. Aber auch aus dem Wort „Preis" ergibt sich eine Einschränkung der unter die Vorschriften über Anschaffungs- oder Herstellungspreis fallenden Vermögensgegenstände. Von einem Preis kann man nur sprechen bezüglich derjenigen Gegenstände, die an dem Wertmesser der Währung gemessen werden sollen; nicht also bezüglich des Geldes, das selbst Wertmesser ist, und insbesondere bezüglich derjenigen Geldsorten, die nach der rechtlichen und tatsächlichen Lage der für die betreffende Bilanz maßgebenden Währung (vgl. § 40 Abs. 1) die Eigenschaft des Wertmessers haben. Aus entsprechenden Erwägungen folgt, daß auch die Forderungen der AG. in der Regel weder einen Anschaffungs- noch einen Herstellungspreis haben (da-

gegen Rehm § 178 I A 4); eine Ausnahme ist denkbar z. B. wenn die Gesellschaft die gegen einen Dritten bestehende Forderung zu bestimmtem Preis aufgekauft hat. In welcher Höhe Gegenstände ohne Anschaffungs- oder Herstellungspreis in die Bilanz einzusetzen sind, vgl. unten Anm. VI b.

b. **Höhe.** Der zu berechnende Anschaffungs- oder Herstellungspreis besteht in dem Wert der für den Erwerb oder die Herstellung (oder den Erwerb und die Herstellung) des betreffenden Gegenstands tatsächlich aufgewendeten Leistungen (Simon 342). Mithin bei Anschaffungen in der dem Vertragsgegner gewährten Gegenleistung (wobei ein etwaiger Rabatt abzuziehen) zuzüglich aller auf den betreffenden Erwerb bezüglicher Unkosten, z. B. Provisionen, Porti, Stempel (Simon 343, vgl. auch RGSt. 18 224); bei Herstellungen in dem ebenso zu berechnenden Preis der Rohstoffe und den auf den betreffenden Gegenstand verwendeten Kosten der Herstellung. Über die Frage, ob auch die allgemeinen Unkosten des Betriebs mit in Rechnung gezogen werden können, vgl. unten Anm. V c. — Zu den Herstellungskosten gehören auch die Bauzinsen (Simon 377, Esser Anm. 3, RG. 8 V 88 JW. 246[11]), die für Geldbeschaffung gezahlten Provisionen (Simon 375, Esser Anm. 3, RG. 8 V 88 JW. 246[11] und bei Bolze 6 Nr. 643) und der Gründungsaufwand (§ 186 Anm. V) und sonstige Kosten der Gründung (Simon 46). Sämtlich jedoch nur, insoweit sie nicht allgemeine Unkosten des Betriebs darstellen (unten Anm. V c), sondern auf Herstellung bestimmter einzelner Vermögensgegenstände verwendet worden sind; wird diese Einschränkung gemacht, so steht das Verbot des § 261 Nr. 4 (unten Anm. X) nicht entgegen. Lassen sich die einzelnen angeschafften oder hergestellten Gegenstände wirtschaftlich nicht auseinanderhalten (z. B. weil dieselbe Gattung in mehreren Posten zu verschiedenen Preisen gekauft oder hergestellt und vor dem späteren Kauf oder der späteren Herstellung erst ein Teil des ersten Postens verkauft ist), so ist ein Durchschnittspreis der maßgebende (Simon 340, 348). Bei Patenten (KB. 25) gehören zu den Herstellungskosten (vgl. jedoch § 40 Anm. III e) auch die Kosten der auf die Erfindung hinzielenden Untersuchungen (Simon 349). Über die Berechnung des Anschaffungs- oder Herstellungspreises von Anlagen nach späterer Änderung einzelner Teile vgl. Simon § 98 Nr. 2. Insbesondere bei Eisenbahnen vgl. Simon § 99, ROH. 25 307. Über die Ermittelung dieses Preises für den Grundbesitz von Grundstückgesellschaften vgl. Simon 349. Hatte die AG. eine Hypothekenforderung, und erwirbt sie in der Zwangsversteigerung das belastete Grundstück, ohne ihre Hypothek auszubieten, so ist Anschaffungspreis der Erstehungspreis zuzüglich des Anschaffungspreises der Ausfallsforderung (Simon § 91, Rehm § 170 II A, Staub[8]-Pinner Anm. 31, Ring Nr. 8; dagegen Pinner Anm. V 1 c, Esser Anm. 3; einschränkend auch Goldmann Nr. 20) und der aufgewendeten Kosten. Und zwar auch, wenn der so berechnete Betrag den Wert des Grundstücks übersteigt (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 31). In welcher Höhe eine solche Hypothek durch Hypothekenbanken als Deckung angerechnet werden darf, vgl. HypBankG. § 6 Abs. 3. — Inwieweit der so berechnete Anschaffungspreis in die Bilanz eingesetzt werden darf, vgl. unten Anm. VI e.

c. **Dürfen allgemeine Unkosten berücksichtigt werden?** D. 147 bemerkt: „Was die bestrittene Frage betrifft, ob bei der Berechnung des Herstellungspreises von Waren auch ein entsprechender Teil der Generalunkosten des Unternehmens mit in Ansatz gebracht werden kann, so erscheint es nicht angängig, eine solche Berechnungsweise durch ausdrückliche Vorschrift ohne jede Einschränkung zu gestatten, weil alsdann der Vorschrift der Nr. 4 entgegen die sämtlichen Kosten der Verwaltung auf einem Umwege doch als Aktivum in die Bilanz eingesetzt werden könnten. Es muß dem verständigen Ermessen im einzelnen Falle überlassen bleiben, inwieweit ohne Verletzung der erwähnten Vorschrift gewisse allgemeinere Kosten als Bestandteil der Herstellungskosten berücksichtigt werden können." Für Berücksichtigung namentlich: Esser Anm. 4 und in ZHR. **34** 327 ff., Staub[7] Anm. 20, CosackHR. § 118 II 1 d, Holdheim in HoldheimsMSchr. **93** 161, Könige Anm. 249, Goldmann Nr. 21; dagegen: Simon § 89, Rehm § 171 III D, Ring Nr. 7, Behrend § 131 Anm. 6, Pinner Anm. V 2 a, Petersen-Pechmann 188, Staub[8]-Pinner Anm. 21. Beizutreten ist den Ausführungen Simons, daß bei Berechnung des in die Bilanz einzusetzenden Herstellungs- (oder Anschaffungs-)preises

trotz jenes halben Zugeständnisses der Denkschrift die allgemeinen Unkosten nicht berücksichtigt werden dürfen, vielmehr nur (unter den Handlungsunkosten) als Verlust in die Gewinn- und Verlustrechnung einzusetzen sind, weil erstens dies der Entwickelungsgeschichte der Bilanzen entspricht, weil zweitens für den Herstellungspreis in dieser Beziehung nichts anderes gelten kann als für den Anschaffungspreis, für welchen letzteren aber auch die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht nicht die Anrechnung der allgemeinen Unkosten fordern, weil drittens die allgemeinen Unkosten größtenteils gar nicht durch die Herstellung entstehen und auch bei (einstweiliger) Einstellung jener Herstellung fortdauern würden, und weil endlich auf diesem Weg auch alle Abschreibungen anteilig bei Berechnung der Herstellungspreise berücksichtigt, und in dieser Weise sofort in der Bilanz wieder ausgeglichen werden könnten (letzteres allerdings nur soweit die hergestellten Waren zu dem Zeitpunkt, für welchen die Bilanz aufgestellt wird, noch vorhanden sind). Von diesem Standpunkt aus kann nur noch in Frage kommen, wo die Grenze zwischen den allgemeinen (nicht anrechenbaren) und den besonderen (anrechenbaren) Unkosten zu ziehen ist, und dies ist wohl auch mit den Worten der Denkschrift gemeint. Simon § 89 Anm. 43 erachtet als zulässig die Anrechnung der Beiträge für die Versicherung der Angestellten sowie allenfalls der Gehälter der Meister, denen besonders die Arbeiten für den zu bewertenden Gegenstand obgelegen haben.

d. **Veräußerung und Wiederanschaffung.** Bestritten ist, ob und in welchen Fällen der neue Anschaffungspreis als „Anschaffungspreis" zu gelten hat, wenn nur zu dem Zweck, um diesen neuen, höheren Preis einstellen zu können, ein vorhandener Gegenstand veräußert und nach kurzer Zeit neu derselbe oder ein Gegenstand gleicher Gattung wieder angeschafft wird. Als entscheidend ist anzusehen, ob der Veräußerer während einer, wenngleich verhältnismäßig kurzen Zeit die Gefahr getragen hat, jenen Gegenstand nicht mehr zu dem Preis der Veräußerung (oder anderweit von vorn herein begrenztem Preis) zurückerwerben zu können (Simon 342). Wurde jene Gefahr nicht getragen, so ist die ursprüngliche Aufwendung der Anschaffungspreis (vgl. § 314 Nr. 1, BGB. § 134). Wurde dagegen jene Gefahr getragen, so ist die neue Aufwendung der Anschaffungspreis (Esser Anm. 2, 3, Ring Nr. 4; dagegen, wenn „zur Umgehung des Gesetzes" erfolgt, Pinner Anm. V 1c); eine andere Frage ist, ob in dem betreffenden Einzelfall dieser Anschaffungspreis angesetzt werden darf, oder ob dies ausgeschlossen ist, z. B. weil der Börsen- oder Marktpreis oder der besondere Veräußerungs- bzw. Gebrauchswert (§ 40 Anm. IIb) ein geringerer ist.

VI. **Grundlegende Regeln über Bilanzansatz bei Vermögensgegenständen** in der Bilanz der Aktiengesellschaft.

a. **Oberster Grundsatz** ist derjenige des § 40 Abs. 2, wonach sämtliche Vermögensgegenstände nach dem **Wert** anzusetzen sind, der ihnen in dem Zeitpunkt, für welchen Bilanz gemacht wird, zusteht. **Dieser Grundsatz ist durch den § 261 Nr. 1—3 nicht beseitigt,** sondern nur bezüglich jeder einzelnen dort genannten Gruppe von Gegenständen in begrenzter Weise durchbrochen.

1. „Wert" in § 40. Vgl. § 40 Anm. IIc. Minderbewertung ist nicht durch zwingendes Recht verboten (§ 40 Anm. IIe). Inwieweit Sonderrechte entgegenstehen, vgl. § 213 Anm. IIb.

2. „Wert" in § 261 Nr. 3. Das „Wert" in § 261 Nr. 3 will Simon abweichend von dem „Wert" in § 40 auslegen, nämlich als „Veräußerungswert" (Simon 315), anscheinend sogar als „allgemeiner Veräußerungswert". Dem ist nicht beizutreten. Die Worte „ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert" in Nr. 3 sind nicht als einen Gegensatz zu Nr. 1 und 2 bildend aufzufassen (denn Betriebsgegenstände, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, die also unter Nr. 1 fallen würden, sind Ausnahmen, und zu Nr. 2, wenn man sie unergänzt durch § 40 betrachtet, bildet Nr. 3 überhaupt keinen Gegensatz), vielmehr nur als einen Gegensatz zu § 40 Abs. 2 bildend. Ist dies aber richtig, so verweist das „Wert" in § 261 Nr. 3 auf das „Wert" in § 40 zurück, muß also die gleiche Bedeutung haben. Da, wenn man Simons Auslegung des § 40 annimmt (§ 40 Anm. IIc), für die Bewertung von Betriebsanlagen schon nach § 40 nicht der allgemeine oder be-

sondere Veräußerungswert oder der allgemeine Gebrauchswert in Betracht kommt, so würde der § 261 Nr. 3 dahin auszulegen sein, daß bei der Bilanz der AG. Betriebsanlagen ohne Rücksicht auf einen geringeren besonderen Gebrauchswert (und selbstverständlich ohne Rücksicht auf einen anderen Wert) zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis unter Berücksichtigung der Abnutzung angesetzt werden dürfen.

b. **Vermögensgegenstände ohne Anschaffungs- oder Herstellungspreis.**

1. Allgemeines. Die Vorschriften des § 261 Nr. 1—3 beziehen sich sämtlich nur auf Gegenstände, die entweder einen Anschaffungs- oder einen Herstellungspreis haben, also entweder „angeschafft" oder „hergestellt" sind. Hieraus würde an sich folgen, daß für den Wertansatz derjenigen Gegenstände, die weder einen Anschaffungs- noch einen Herstellungspreis haben (oben Anm. V a), ausschließlich ihr Wert in dem Zeitpunkt, für welchen die Bilanz aufgestellt wird, maßgebend ist. Doch ist — namentlich auch mit Rücksicht darauf, daß oft derartige Gegenstände späteren Veränderungen unterworfen sein würden — § 261 Nr. 1—3 entsprechend auch auf sie in der Weise anzuwenden, daß man ihren Wert (§ 40 Anm. II c) zur Zeit des Erwerbs durch die AG. so zur Anrechnung bringt als wäre es ein gezahlter Kaufpreis (zust. Ring Nr. 6, Rehm § 71).
2. Geschenktes. Die Regeln zu 1 sind anzuwenden z. B. bezüglich der geschenkten Gegenstände (zust. Ring Nr. 6). Simon 339, Behrend § 131 Anm. 14, Petersen-Pechmann 190, Goldmann Nr. 18 wollen den Wert zur Zeit der Bilanzaufstellung einsetzen; Staub[8]-Pinner Anm. 26, Esser Anm. 3, Pinner Anm. V 2 b (dessen zur Widerlegung gewähltes Beispiel des Kaufs eines Grundstücks von 100000 Mk. Wert für 100 Mk. nicht paßt, weil in einem derartigen „Kauf" in der Regel eine teilweise Schenkung liegen wird) wollen keinen Betrag einsetzen.
3. Eingelegtes. Die Regeln zu 1 sind ferner anzuwenden bezüglich der eingelegten (§ 186 Anm. II a, b) Gegenstände, da (oben Anm. V a) auch diese keinen Anschaffungspreis haben. Im Gegensatz hierzu ist herrschende Meinung (Simon § 98 Nr. 1, Staub[8]-Pinner Anm. 20, Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 20), daß bezüglich dieser Gegenstände der Nennbetrag der dafür gewährten Grundkapitalanteile der Anschaffungspreis sei. Ein Nennbetrag ist jedoch zu einer solchen Gleichstellung mit einem auf ein wirkliches Wertmaß verweisenden Preis in keiner Weise geeignet. Sind bei Gleichgründung alle Gründer einig, daß für eine Nichtbareinlage ein Nennbetrag von Grundkapitalanteilen gewährt werden soll, der den Wert jener Einlage weit übersteigt, so kann dies auch durch die Berichte der §§ 191 ff. nicht gehindert werden. Die in jenen Berichten enthaltene Schätzung des Wertes der Einlage wird allein für den Bilanzansatz erheblich (wenn auch nicht unbedingt maßgebend) sein können, gleichgültig ob der Nennbetrag der hierfür gewährten Grundkapitalanteile höher oder niedriger ist.
4. Forderungen. Die Regeln zu 1 sind anzuwenden auch bezüglich der Forderungen der Gesellschaft, soweit nicht (oben Anm. V a) ausnahmsweise ein Anschaffungspreis für die einzelne Forderung besteht. Näheres über Bewertung der Forderungen vgl. § 40 Anm. III d, § 261 Anm. 1, Simon §§ 111—113, Rehm §§ 175 ff.

c. **Abgrenzung der Voraussetzungen von § 261 Nr. 1, 2 gegenüber denen der Nr. 3.** Simon § 85 will das Verhältnis der drei Nummern dahin bestimmen, daß Nr. 1 und 2 sich auf solche Gegenstände beziehen, die zur Weiterveräußerung, Nr. 3 auf solche, die dauernd zum Geschäftsbetrieb bestimmt sind. Dem ist nicht beizutreten. Mit Rücksicht darauf, daß Nr. 1 und 2 nach ihrem Wortlaut keine Beschränkung auf Veräußerungsgegenstände enthalten, stellt sich das Verhältnis der Vorschriften vielmehr dahin, daß bezüglich der Betriebsgegenstände die Nr. 3 keine Vorschrift für den Fall enthält, daß der Bilanzaufsteller von der ihm gewährten Befugnis zur Einstellung des Anschaffungs- oder Herstellungspreises mit Abnutzungsberücksichtigung nicht Gebrauch machen will. Für diesen Fall sind auch bei Betriebsgegenständen Nr. 1 und 2 zur Anwendung zu bringen (M. 172, RG. 4 XII 03 HoldheimsMSchr. 04 193). Wollte man dies nicht zugeben, so würde in dem Gesetz die doch auch von Simon (z. B. S. 334) als vorhanden vorausgesetzte Vorschrift fehlen, daß auch Betriebsgegenstände trotz höheren Werts oder höheren Börsen- oder Marktpreises nicht

über dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis angesetzt werden dürfen. — Die Worte „ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert" in Nr. 3 sind im Sinn von „ohne Rücksicht auf einen etwa geringeren Wert" auszulegen, Nr. 3 daher an sich sowohl dann, wenn der Wert geringer, wie auch wenn er höher ist als der Anschaffungs- oder Herstellungspreis, zur Anwendung zu bringen (ebenso Simon § 97; dagegen wiederholte Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts, Rehm § 35 VI A 4).

d. **Wenn ein Anschaffungs- oder Herstellungspreis vorhanden, darf kein diesen Preis übersteigender Betrag eingesetzt werden.** Diese Bestimmung ist den Nummern 1, 2 und 3 des § 261 gemeinsam. Nicht aber ist auch der umgekehrte Satz richtig, daß nie ein geringerer Betrag als der Anschaffungs- oder Herstellungspreis eingesetzt zu werden brauche; in dieser Beziehung gilt vielmehr bezüglich jeder der drei Gruppen von Vermögensgegenständen Verschiedenes.

e. **Aus dem Vorstehenden ergibt sich folgende Übersicht** über die Grenzen für die Bewertung der Vermögensgegenstände mit Anschaffungs- oder Herstellungspreis in der Bilanz der AG.:

1. Gegenstände, die zur Veräußerung bestimmt sind, müssen angesetzt werden zu demjenigen Betrag, der von den drei folgenden der niedrigste ist:
   α. Börsen- oder Marktpreis, wenn ein solcher vorhanden und es sich um Wertpapiere oder Waren handelt; § 261 Nr. 1.
   β. Anschaffungs- oder Herstellungspreis ohne Berücksichtigung der Abnutzung; § 261 Nr. 1 und 2.
   γ. Wert; § 40 Abs. 2 (= besonderer Veräußerungswert; § 40 Anm. II c).
2. Gegenstände, die dauernd zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmt sind, können nach Wahl des Bilanzaufstellers angesetzt werden:
   A. entweder zum Anschaffungs- oder Herstellungspreis unter Berücksichtigung der Abnutzung; § 261 Nr. 3,
   B. oder (oben Anm. VI c) zu demjenigen Betrag, der von den drei folgenden der niedrigste ist:
      α. Börsen- oder Marktpreis, wenn ein solcher vorhanden und es sich um Wertpapiere oder Waren handelt; § 261 Nr. 1.
      β. Anschaffungs- oder Herstellungspreis ohne (RGSt. 36 439) Berücksichtigung der Abnutzung; § 261 Nr. 1 und 2.
      γ. Wert; § 40 Abs. 2 (= besonderer Gebrauchswert; § 40 Anm. II c, § 261 Anm. VI a 2).

VII. **Bilanzansatz bei Wertpapieren und Waren mit Börsen- oder Marktpreis (§ 261 Nr. 1).**

a. **Wertpapiere und Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben.**

1. Wertpapiere. Vgl. § 1 Anm. IX e, § 179 Anm. IV b. Mit Recht bemerkt Simon § 93 Anm. 55, es könne nicht anerkannt werden, daß die Bezeichnung „Wertpapiere" (welche an dieser Stelle in das Aktiengesetz v. 1884 aufgenommen ist) richtiger sei als das „kurshabende Papiere" des Aktiengesetzes v. 1870.
2. Waren. Vgl. § 1 Anm. IX d. Über den Bilanzansatz bei Halbfabrikaten und selbstgewonnenen Rohstoffen vgl. unten Anm. VIII b 2.
3. Die einen Börsen- oder Marktpreis haben. Vgl. oben Anm. IV.
4. Sie müssen auch einen Anschaffungs- oder Herstellungspreis haben; anderenfalls ist § 261 Nr. 1 nicht anwendbar (oben Anm. VI b).
5. Unerheblich ist, ob es sich um Veräußerungs- oder um Betriebsgegenstände handelt; nur ist für letztere in § 261 Nr. 3 auch eine andere Bewertungsart gestattet (oben Anm. VI c).

b. **Bilanzansatz.** Vgl. Übersicht in Anm. VI e.

1. Höchstens zu dem Börsen- oder Marktpreis des Zeitpunkts, für welchen die Bilanz aufgestellt wird. Börsen- oder Marktpreis vgl. oben Anm. IV. Sehr selten wird es tatsächlich zur Einsetzung des vollen Börsen- oder Marktpreises kommen

dürfen, weil fast stets der besondere Wert (unten zu 3) niedriger sein wird, da bei Berechnung des letzteren (Simon 361) noch die Kosten der Veräußerung von dem Börsen- oder Marktpreis in der Regel abzuziehen sein werden. Der Zeitpunkt, für welchen die Bilanz (oben Anm. III) aufgestellt wird, ist für die Jahresbilanz (§ 260 Anm. II a) der Schluß des Geschäftsjahrs (§ 39 Abs. 2), also, wenn dieses sich an die Tageseinteilung anschließt, die Mitternacht am Schluß des letzten Tags (Simon 357). Da für diesen Zeitpunkt in der Regel kein bestimmter Börsen- oder Marktpreis (der doch eine Tatsache, keine Schätzung sein soll, oben Anm. IV b) ermittelt sein wird, so ist maßgebend der Börsen- oder Marktpreis an demjenigen nächstvorhergehenden nicht zu entfernten Tag, für welchen er ermittelbar ist, soweit nicht aus besonderen Gründen anzunehmen ist, daß der Preis sich inzwischen geändert haben würde (oben Anm. IV d), in welch letzterem Fall überhaupt kein Börsen- oder Marktpreis als vorhanden anzusehen ist. Jener nächstvorhergehende Tag braucht nicht immer der letztvorhergehende zu sein (Simon 357). Werden umgekehrt für besondere Zeitabschnitte des letzten Tags verschiedene Börsen- oder Marktpreise ermittelt, so ist nur der für den letzten Zeitabschnitt dieses Tags ermittelte maßgebend (Simon 357).

2. Höchstens zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis. „Höchstens" vgl. oben Anm. VIa 2 und nachstehend zu 3. Anschaffungs- oder Herstellungspreis vgl. oben Anm. V.

3. Zu dem besonderen (§ 40 Anm. IIc) Wert des Gegenstands für die betreffende Aktiengesellschaft, es sei denn, daß der Börsen- oder Marktpreis oder der Anschaffungs- oder Herstellungspreis geringer ist als jener Wert. Dies folgt aus der Regel des § 40 (oben Anm. VIa) in Verbindung damit, daß der § 261 Nr. 1 nur Höchstbegrenzungen enthält (M. 171; vgl. RG. **43** 127). Ist der besondere Wert 10, der Börsenpreis 12, der Anschaffungspreis 20, so darf nicht etwa beliebig zwischen 10 und 12, und es darf auch nicht unter 10 (§ 40 Anm. IIe), sondern es muß 10 angesetzt werden. Ist der besondere Wert 15, der Börsenpreis 12, der Anschaffungspreis 20, so darf nicht unter 12, sondern es muß 12 angesetzt werden. Ob der besondere Veräußerungswert oder der besondere Gebrauchswert zu berücksichtigen, hängt davon ab, ob der betreffende Gegenstand zur Veräußerung oder zum Gebrauch bestimmt ist (§ 40 Anm. IIc). Sinkt der Wert unter den Börsen- oder Markt- und den Anschaffungs- oder Herstellungspreis, so ist eine entsprechende Abschreibung vorzunehmen (RG. **43** 128).

VIII. **Bilanzansatz bei „anderen Vermögensgegenständen" (§ 261 Nr. 2).**

a. **„Andere Vermögensgegenstände"** im Gegensatz zu denen des § 261 Nr. 1 sind die Vermögensgegenstände, die keinen Börsen- oder Marktpreis haben, und diejenigen Vermögensgegenstände mit Börsen- oder Marktpreis, welche nicht Wertpapiere oder Waren sind. Von diesen kommen jedoch nur diejenigen in Betracht, die einen Anschaffungs- oder Herstellungspreis haben (oben Anm. VIb). Unerheblich ist, ob es sich um Veräußerungs- oder Betriebsgegenstände handelt (RGSt. **36** 437); nur ist für letztere in § 261 Nr. 3 auch eine andere Bewertungsart gestattet (Anm. VIc). „Vermögensgegenstand" vgl. § 40 Anm. III, § 186 Anm. III a 2, II a, Simon § 47.

b. **Bilanzansatz.** Vgl. Übersicht in Anm. VIe.

1. Höchstens zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis. Vgl. oben Anm. VIIb 2.

2. Zu dem besonderen Wert des Gegenstands für die betreffende Aktiengesellschaft, es sei denn, daß der Anschaffungs- oder Herstellungspreis geringer ist als jener Wert. Vgl. oben Anm. VIIb 3. Demgemäß ist bei denjenigen Halbfabrikaten, die als solche keinen Marktpreis haben, wenn die im Betrieb befindliche Gesellschaft deren Fertigstellung besorgt, der in Betracht kommende Wert der Veräußerungspreis der fertigen Ware abzüglich der auf die Fertigstellung (abweichend Rehm § 171 VI B 1 Anm.) noch zu verwendenden Kosten; dieser oder der Herstellungspreis sind einzusetzen, je nachdem, welcher von beiden der niedrigere ist (Simon 362, Rehm § 171 VI, Goldmann Nr. 17;

dagegen Ring Nr. 8, Pinner Anm. V 2a, welche nur den Herstellungspreis für maßgebend erachten). Ebenso bei selbstgewonnenen, noch nicht verarbeiteten Rohstoffen ohne Börsen- oder Marktpreis (RG. 11 162: „Der Regel nach nur zu dem Herstellungspreise anzusetzen").

IX. **Zulässiger Bilanzansatz bei Betriebsgegenständen (§ 261 Nr. 3).**

a. **Anlagen und sonstige Gegenstände, die nicht zur Weiterveräußerung, vielmehr dauernd zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmt sind.** Vgl. § 207 Anm. Ib 1.

1. Anlagen und sonstige Gegenstände. „Gegenstände" in Nr. 3 ist gleichbedeutend mit „Vermögensgegenstände" (oben Anm. VIIIa) in Nr. 2. Die Gegenstände können beweglich sein. Auch Wertpapiere und Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sind fähig, Betriebsgegenstände zu sein; so sind dies z. B. die Aktien einer anderen Gesellschaft, welche von der bilanzaufstellenden Gesellschaft angekauft sind, um dauernd einen Einfluß auf den Betrieb jener anderen Gesellschaft zu gewinnen, ebenso Wertpapiere, die seitens der AG. als Sicherheit für Erfüllung von Konzessionsbedingungen hinterlegt sind (Simon § 86). Andererseits ist nicht jeder unbewegliche Gegenstand Betriebsgegenstand, so z. B. in der Regel nicht (vgl. § 207 Abs. 5) die Grundstücke der Grundstücksgesellschaften, oder Grundstücke, die in der Zwangsversteigerung erstanden werden mußten. Näheres bei Simon §§ 86, 96.

2. Dauernd zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmt. Diese bejahenden Worte sind die allein maßgebenden. Die hinzugefügten verneinenden Worte „nicht zur Weiterveräußerung bestimmt" haben keine selbständige Bedeutung, sollten vielmehr nur durch Ablehnung des zweiten Hauptfalls jene ersteren Worte näher erläutern; sie hätten, ohne den gewollten Sinn zu ändern, fortbleiben können (wie in § 207 Abs. 1). Hieraus folgt, daß Gegenstände, die nicht dauernd zum Geschäftsbetrieb bestimmt sind, nicht unter § 261 Nr. 3 fallen, gleichgültig, ob sie zur Weiterveräußerung bestimmt sind oder nicht; daher nicht die „zum vorübergehenden Gebrauch" bestimmten (Simon 327) oder die im Betrieb schnell zu verbrauchenden, wie z. B. die gewöhnlichen Vorräte an Feuerung (ebenso Esser Anm. 4 und im Ergebnis Simon § 86 Anm. 9). Ob ein einzelner Gegenstand zum dauernden Geschäftsbetrieb bestimmt ist (= Betriebsmittel) oder zum Verbrauch im Geschäftsbetrieb dienen soll (= Betriebsmaterial), ist Tatfrage (RG. 42 235).

3. Bestimmt. Erheblich ist nur die seitens des Geschäftsherrn getroffene Bestimmung. Gleichgültig ist, ob der Gegenstand tatsächlich dem Betrieb dient (Simon 327). Die Bestimmung kann wechseln, und mit ihr wechseln die Grundsätze, die für den Bilanzansatz des betreffenden Gegenstands in Betracht kommen (§ 40 Anm. IIc).

4. Der Gegenstand muß einen Anschaffungs- oder Herstellungspreis haben (oben Anm. VIb). Über die Frage, ob dies insbesondere für eingelegte Gegenstände zutrifft, vgl. oben Anm. Va, VIb 3.

b. **Zulässiger Bilanzansatz.** Vgl. Übersicht in Anm. VIe.

1. „Dürfen". Dem Bilanzaufsteller steht frei, ob er von der in § 261 Nr. 3 zugelassenen Art des Ansatzes Gebrauch machen will. Wählt er nicht diese Art des Ansatzes, so kommen die allgemeinen Regeln über den Wertansatz, einschließlich des § 261 Nr. 1, 2, auch für den Bilanzansatz von Betriebsgegenständen zur Anwendung (oben Anm. VIc). — Trotz des nicht einschränkenden Wortlauts des Gesetzes hält Simon § 97 die Gesellschaft für verpflichtet — wenn auch der Wortlaut des Gesetzes eine strafrechtliche Verantwortung ausschließe —, von der Befugnis des § 261 Nr. 3 keinen Gebrauch zu machen, wenn der Betriebsgegenstand sich dauernd als unrentabel oder wenig rentabel erweist, so daß der Buchwert in auffälligem und dauerndem Mißverhältnis zum Gebrauchswert („Rentabilitätswert") stehe. Dem ist nicht beizustimmen (zust. Ring Nr. 12). Jedenfalls kann wohl kein Unterschied zwischen Strafrecht und Zivilrecht gemacht werden, da ersteres in dieser Beziehung sachlich auf letzteres zurückverweist. Eine in § 261 Nr. 3 nicht vorhandene Einschränkung kann aber nicht hineingelegt werden. Bei dessen Regeln handelt es sich in erster Reihe nur um die Frage, wieviel verteilt werden darf (oben Anm. II)

Die durch jene Einschränkung erstrebte Sicherung gegen Mißbräuche liegt in den Vorschriften des § 240, wenn er bezüglich des § 261 Nr. 3 so, wie diesseits vertreten (§ 240 Anm. I a), ausgelegt wird. Im eigenen Interesse der Gesellschaft wird es allerdings liegen, von der Befugnis des § 261 Abs. 3 freiwillig nicht Gebrauch zu machen bei auffälligem Mißverhältnis zwischen „Wert“ und „Anschaffungs- oder Herstellungspreis abzüglich Abnutzung“. — Vgl. auch unten zu 4.

2. „Ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert.“ Diese Worte sind begrifflich überflüssig und sollten nur der Klarstellung dienen. Sie schließen daher nicht die Zulässigkeit eines Bilanzansatzes gemäß § 261 Nr. 3 für den Fall aus, daß der Wert höher ist als der Anschaffungs- oder Herstellungspreis abzüglich Abnutzung (oben Anm. VI c). Über die Frage, was hier unter „Wert“ zu verstehen, vgl. oben Anm. VI a 2. — Bei Berechnung des Werts von Betriebsanlagen wird der Durchschnittsertrag wesentlich ins Gewicht fallen (RG. **19** 121).

3. Anschaffungs- oder Herstellungspreis. Vgl. oben Anm. V.

4. Abnutzung.

Die Abnutzung kann durch Bestandteilsverringerung (z. B. bei Bergwerken) oder durch Brauchbarkeitsverringerung erfolgen (Simon § 100). Unter „Abnutzung“ ist nicht nur die Abnutzung eines körperlichen Gegenstands, sondern — obwohl das Wort hierauf schlecht paßt (Simon 402) — auch die Abnutzung eines Rechts oder eines anderen unkörperlichen Gegenstands zu verstehen. So namentlich die durch Zeitablauf eintretende Abnutzung von Rechten, welche nur auf beschränkte Dauer erworben sind, wie z. B. Patentrechte oder Rechte der Straßenbahn-, Gas-, Wasser-, Elektrizitätsgesellschaften auf Mitbenutzung von Straßenland (vgl. Simon 400 ff.).

Simon a. a. O. will noch weiter gehen. Im Anschluß an die Fassung des Preußischen Gewerbesteuergesetzes v. 24. Juni 1891 (GS. 205) § 22 stellt er der Abnutzung gleich jede Wertverminderung, durch welche der Gebrauchswert („Betriebswert“) für die Gesellschaft herabgedrückt oder vernichtet wird (so auch Rehm § 168 III B 2 e). Namentlich also auch eine Wertsverminderung, die dadurch eintritt, daß angeschaffte Maschinen infolge nachträglicher anderweiter Erfindungen weniger wettbewerbsfähig werden.

Hier soll dahingestellt bleiben, ob eine dahingehende Bestimmung gesetzgeberisch sich empfehlen würde. Zu beachten ist jedenfalls, daß, wenn man zugeben wollte, eine Wertsminderung von Maschinen infolge anderweiter Erfindung besserer Maschinen sei als Abnutzung einzusetzen, nicht einzusehen wäre, warum nicht auch eine Wertsminderung infolge voraussichtlich längere Zeit andauernder schlechter Fabrikationsbedingungen als Abnutzung abgeschrieben werden müßte, denn auch hierin liegt eine wirkliche Minderung des besonderen Gebrauchswerts, da für den Geschäftsherrn dieser Wert geringer ist, wenn die Maschinen erst nach Jahren lohnend arbeiten können, als wenn dies sofort geschieht. Werden die Fabrikationsbedingungen später besser, so müßten die Abschreibungen wieder entsprechend herabgesetzt werden. Dadurch würden aber schwer nachzuprüfende Schätzungen an die Stelle der durch § 261 Nr. 3 in den Vordergrund geschobenen Tatsachen treten.

Für den Wortlaut des geltenden § 261 ist der Ansicht Simons nicht beizutreten (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 35). Wäre die Ansicht Simons richtig, so wäre der „Anschaffungs- oder Herstellungspreis abzüglich Abnutzung“ des § 261 Nr. 3 stets gleichbedeutend mit dem „besonderen Gebrauchswert“ (§ 40 Anm. II b) — so folgerichtig Simon § 107; dagegen jedoch S. 366, was Simon S. 409 allerdings als Ausnahme angesehen wissen will, welche Ausnahme aber, wenn Simons Vorschrift über Abschreibungen wegen Wertverminderung befolgt wird, nie vorkommen könnte. Ist aber „Anschaffungs- oder Herstellungspreis abzüglich Abnutzung“ gleich dem „besonderen Gebrauchswert“, so hätten, wenn man für Betriebsgegenstände in § 40 „Wert“ als „besonderer Gebrauchswert“ auslegt (§ 40 Anm. II c), die Worte „ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert“ in § 261 Nr. 3 einen Sinn nur, wenn man hier „Wert“ als „Veräußerungswert“

versteht — so folgerichtig Simon 315 —, welche Auslegung indessen wegen der in jenen Worten liegenden Verweisung auf § 40 unannehmbar ist (oben Anm. VI a 2). Ferner würde aber aus Simons Ansicht folgen, daß § 261 Nr. 3 gar keine Ausnahme von § 40, vielmehr nur dessen Klarstellung in einem Einzelpunkt (Ansatz von Betriebsgegenständen) enthalten würde, denn auch § 40 bestimmt nach richtiger (von Simon vertretener) Ansicht, daß für Betriebsgegenstände der besondere Gebrauchswert anzusetzen ist (§ 40 Anm. II c). Enthielte aber § 261 Nr. 3 keine Ausnahme von § 40, so wären auffällig (wenn auch nicht unmöglich; vgl. § 261 Nr. 4, 5) die Worte „mit folgenden Maßgaben" im Eingang des § 261; unerklärlich aber wäre das „dürfen" in § 261 Nr. 3. Denn welche andere Art des Ansatzes wäre denn — wie hier unzweideutig vorausgesetzt — zulässig? Simon — von seinem Standpunkt, wonach § 261 Nr. 1, 2 stets unanwendbar auf Betriebsgegenstände ist (Bilanzen § 85) — muß, wenn wir nicht irren, hierauf die Antwort schuldig bleiben. Aber selbst von dem diesseits vertretenen gegenteiligen Standpunkt (oben Anm. VI c) würde als einzig möglicher Fall der Zulässigkeit einer anderen Art des Ansatzes übrig bleiben, daß diejenigen Betriebsgegenstände, welche Wertpapiere oder Waren sind und einen Börsen- oder Marktpreis haben, der niedriger ist als der besondere Gebrauchswert, zu jenem niedrigen Börsen- oder Marktpreis angesetzt werden dürfen; es ist aber nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber diesen letzteren seltenen Ausnahmefall im Auge gehabt hätte.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß wenn man die Ansicht Simons zu § 40 zu grund legt, man nicht zu § 261 Nr. 3 seiner ausdehnenden Auslegung des Worts „Abnutzung" folgen darf (zust. Ring Nr. 14). Hat eine Straßenbahn Geleise gelegt, die sich abnutzen und nach 15 Jahren unentgeltlich der Stadtgemeinde zu überlassen sind, so sind nicht von dem Herstellungspreis der Geleise jährlich ein Betrag für körperliche Abnutzung und $^1/_{15}$ mit Rücksicht auf den Zeitablauf abzuschreiben. Vielmehr ist auf dem Geleisekonto nur die erstere Abschreibung zu machen. Es ist aber ferner als besonderer Vermögensgegenstand das 15 jährige Gebrauchsrecht einzusetzen und als Anschaffungspreis dieses Gebrauchsrechts der Herstellungspreis der Geleise (und etwaiger Pflasterungskosten usw.) abzüglich 15 maliger Abschreibung für körperliche Abnutzung; auf dem Konto dieses Gebrauchsrechts ist dann jährlich $^1/_{15}$ des so berechneten Anschaffungspreises abzuschreiben. Hält man so beides, die körperlichen Gegenstände und das Recht, auseinander, so ergibt sich auch äußerlich, daß bei Abschreibungen für Abnutzung kein Raum ist für die Berücksichtigung einer nicht gleichmäßig über einen längeren Zeitraum verteilt, sondern durch einzelne unvorhersehbare Ereignisse eintretenden Wertverminderung von Betriebsgegenständen. In § 261 Nr. 3 ist gerade die Vorschrift zu erblicken, daß derartige Minderungen nicht berücksichtigt zu werden brauchen, wenngleich sie berücksichtigt werden dürfen. Über die Frage, ob etwa bei besonders starken derartigen Minderungen trotz des § 261 Nr. 3 eine Berücksichtigung gefordert werden muß, vgl. oben Anm. IX b 1. Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Bilanzgenehmigungsbeschluß wegen Einstellung eines zu hohen Abnutzungsbetrags in die Bilanz angefochten werden kann, vgl. § 260 Anm. II b, § 40 Anm. II e. — Keine Abnutzung steht in Frage, wenn durch ein nicht regelmäßig wiederkehrendes Ereignis (z. B. durch einen Brand) ein Betriebsgegenstand beschädigt wird oder teilweise untergeht; in solchen Fällen ist der Bilanzansatz des Gegenstands einmalig verhältnismäßig herabzusetzen.

5. Ein der Abnutzung gleichkommender Betrag. Vgl. Simon §§ 100—103. Ist eine Abnutzung nicht vorhanden (wie in der Regel bei Grund und Boden) oder unmerkbar klein (wie z. B. bei auf absehbare Zeit unerschöpflichen Bergwerken), so ist der Betrag, welcher der Abnutzung gleichkommt, = 0, daher keine Abschreibung erforderlich (vgl. Simon 381). Der vorgeschriebene geschäftsjährliche Abschreibungsbetrag wird dargestellt durch einen Bruch, dessen Zähler gleich ist dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis (also dem ursprünglichen Bilanzansatz, nicht etwa dem geringeren Wert) abzüglich des Verkaufswerts der Rückstände nach vollendeter Abnutzung (welche letzteren bei Abnutzung durch

Bestandteilsverringerung in der Regel = 0 sein werden), und dessen Nenner die Anzahl der Geschäftsjahre ist, in welchen sich die Abnutzung voraussichtlich vollziehen wird (vgl. Simon 384). Wechselt die Stärke der Abnutzung je nach der Stärke des Betriebs in verschiedenen Jahren, so kann dies z. B. dadurch in Rechnung gestellt werden, daß nur ein Teil des Zählers (z. B. $^{3}/_{4}$) wie vorstehend, der übrige Teil desselben ($^{1}/_{4}$) aber als Prozentsatz der Roh=Betriebseinnahmen des betreffenden Jahrs berechnet wird (vgl. Simon 394). — Für die im Lauf des Geschäftsjahrs hinzugekommenen Gegenstände ist bereits am Schluß dieses Geschäftsjahrs die Abnutzung nach dem Verhältnis der Benutzungszeit zu berücksichtigen (Simon 386). — Der Herstellungspreis von Verbesserungen und Erweiterungen ist dem Konto des Gegenstands zuzuschreiben (Simon 395); nur ist zu beachten, daß dann auch der jährlich abzuschreibende Abnutzungsbetrag in der Regel zu erhöhen sein wird, wobei zu berücksichtigen ist, daß die Verbesserung in der Regel nur noch während der übrigen Brauchbarkeitsdauer des verbesserten Gegenstands brauchbar bleibt. Ausbesserungskosten können in derselben Weise gebucht werden; doch werden kleinere derartige Kosten meist als Jahresverlust gebucht (Simon 394). — Eine freiwillig zu hohe Abschreibung, sei es daß sie in der Satzung (z. B. durch Feststellung von Bewertungsgrundsätzen) angeordnet ist oder nicht, enthält eine stille (d. h. äußerlich nicht hervortretende) Rücklage. Für sie gilt dasselbe wie bezüglich freiwilliger Reservefonds, d. h. äußerlich kenntlich gemachter Rücklagen (§ 262 Anm. III).

6. In Abzug gebracht oder ein entsprechender Erneuerungsfonds in Ansatz gebracht. Da der Erneuerungsfonds nichts in Wirklichkeit für sich selbst Bestehendes, sondern nur ein Bilanzposten zur rechnungsmäßigen Berichtigung eines anderen Bilanzpostens ist (unten Anm. XI c), so ist — abgesehen von etwaigen nur auf die eine dieser Buchungsarten Bezug nehmenden Satzungs= oder Vertragsbestimmungen — unerheblich, welche der beiden Buchungsarten gewählt wird.

X. **Kosten der Errichtung und Verwaltung (§ 261 Nr. 4).** Streitig ist, wie die Vorschrift des § 261 Nr. 4 zu verstehen. Der Art. 185 a Nr. 4 ADH. lautete:

„Die Kosten der Organisation und Verwaltung dürfen nicht als Aktiva, müssen vielmehr ihrem vollen Betrage nach in der Jahresrechnung als Ausgabe erscheinen."

Der Entwurf I und II zum HGB. übernahm nur den verneinenden Teil in folgender Form:

„Die Kosten der Organisation und Verwaltung dürfen nicht als Aktiva in die Bilanz eingesetzt werden."

In der Reichstagskommission, vermutlich durch deren Redaktionskommission, wurde das Wort „Organisation" durch das Wort „Errichtung" ersetzt, ohne daß aus den Protokollen etwas über den Grund der Änderung oder die Fassung eines Beschlusses hierüber hervorgeht. Simon § 46 (ihm folgend Pinner Anm. V 2 d, Staub[8]=Pinner Anm. 39) vermutet nun, daß „Errichtung" nur ein Schreibfehler für „Einrichtung" sei, und daß letzteres Wort eine Verdeutschung für „Organisation" ohne Änderung des Sinns sein solle; er folgert hieraus, daß der Sinn des jetzigen § 261 Nr. 4 derselbe sei wie derjenige des früheren Art. 185 a Nr. 4 ADH., und er legt den letzteren einschränkend dahin aus, daß die bezeichneten Kosten nicht als solche unter den Aktiven erscheinen dürfen, daß dagegen nach allgemeinen Bilanzgrundsätzen zu entscheiden sei, ob derartige Kosten im Einzelfall als Teil von Anschaffungs= oder Herstellungskosten unter den Aktiven gebucht werden dürfen oder nicht. — Solange für das Vorliegen eines bloßen Schreibfehlers kein weiterer Beweis erbracht ist, wird man sich an den jetzigen Wortlaut halten müssen. Tut man dies, so ist aber auch für die Zukunft jene einschränkende Auslegung nicht mehr erforderlich, vielmehr wird das Verbot dahin auszulegen sein, daß die in § 261 Nr. 4 genannten Kosten überhaupt nicht als Aktiva eingestellt werden dürfen, weder als besonderer Person, noch als Teil der Anschaffungs= oder Herstellungskosten. Die „Kosten der Verwaltung" sind die „allgemeinen Unkosten", deren Nichteinstellbarkeit unter die Herstellungskosten bereits oben (Anm. V c) erörtert ist. „Errichtung" steht hier (wie in EGHGB. Art. 23) in weiterem Sinn (vgl. § 182 Anm. III a), den ganzen Gründungshergang umfassend. Die „Kosten der Errichtung" in diesem Sinn

stehen auf gleicher Stufe mit den Kosten der allgemeinen Verwaltung. Kosten der Errichtung sind die Kosten der Gründungsverhandlung, der Eintragung, Aktienausfertigung u. dgl. (Simon 165; weitergehend Rehm § 172). Über die Anrechenbarkeit andersartiger Aufwendungen für die Gründung unter den Anschaffungskosten bestimmter einzelner hierdurch für die Gesellschaft erworbener Gegenstände vgl. oben Anm. V b. Über die Abzugsfähigkeit von Kosten der „Ausgabe von Aktien" bei Überweisung des Aufgelds zum Zwangsreservefonds vgl. § 262 Anm. II b 2. — Als „Kosten der Organisation" bezeichnete ROH. 20 217 diejenigen „für die In-Gang-Setzung des Betriebs und für deren Vorbereitung, oder bei Eisenbahngesellschaften diejenigen sogenannten Generalkosten, welche, wenn nicht schon vorher gemacht, die Gesellschaft behufs Bauausführung selbst machen müßte, wie für die Vorarbeiten, Tracierungen usw."

XI. **Aufnahme des Grundkapitals und jedes Reserve- und Erneuerungsfonds unter die Passiva (§ 261 Nr. 5).**

a. **Grundkapital.** Vgl. § 178 Anm. II.

1. Allgemeines. Der Betrag des Grundkapitals ist dauernd in unveränderter Höhe einzusetzen, insbesondere ohne Zuschreibung von Gewinn oder Verlust. Der Zweck dieser Buchungsart ist, zu verhindern, daß ein in dem einzelnen Jahr erzielter Gewinn in der Bilanz als Gewinn hervortritt, ehe die Verluste vergangener Jahre ergänzt oder durch Herabsetzung des Grundkapitals ausgeglichen sind.

2. Erhöhung oder Herabsetzung. Eine Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals ist zu berücksichtigen, wenn vor dem Zeitpunkt, für welchen die Bilanz aufgestellt wird, der Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß eingetragen (§ 277 Abs. 3), und im Fall des Erhöhungsbeschlusses das Erfolgtsein der Erhöhung eingetragen (§ 287 Anm. III), im Fall des Herabsetzungsbeschlusses die Herabsetzung tatsächlich erfolgt (§ 278 Anm. II) war. Unberührt durch diese Buchungsart bleibt jedoch das Verbot des § 289 Abs. 4 betreffend die vorzeitige Leistung von Zahlungen an Aktionäre auf Grund der Herabsetzung (§ 289 Anm. IV d).

3. Einziehung von Anteilrechten. Vgl. § 227 Anm. I c.

4. Vor Vollzahlung. Das Grundkapital ist in voller Höhe einzustellen, auch wenn die darauf zu leistenden Einlagen noch nicht voll bewirkt sind (RG. 27 10, Simon 207, Staub-Pinner Anm. 44, Esser Anm. 6, Rehm § 116, Goldmann Nr. 34; dagegen Behrend § 130 Anm. 3, Pinner Anm. II, 4; beide Arten des Ansatzes erachtet für zulässig M. 174 Anm. 1, Ring Nr. 17; dahingestellt RGSt. 26 106). Die ausstehenden Forderungen auf Einzahlung sind dann (in Höhe ihres Werts) unter den Aktiven zu berücksichtigen (warum dies, wie Pinner Anm. II 4 annimmt, dem Zweck der gesetzlichen Vorschrift direkt widerspreche, ist nicht erkennbar). Bei Berechnung des Werts der Einzahlungsforderungen ist zu berücksichtigen auch der Wert der ergänzenden Rechte aus §§ 202 ff., 220 (Simon 208). Daß die Jahresbilanz erkennbar machen müsse, in welcher Höhe die gezeichneten Einlagen geleistet seien, folgert RGSt. 26 105 aus der Bestimmung der Bilanz, über die Vermögenslage tunlichst vollständigen Aufschluß zu geben (vgl. jedoch oben Anm. II). Eine solche Erkennbarmachung kann z. B. durch getrennte Aufführung der Einlageforderungen erfolgen.

b. **Die Reservefonds.** Vgl. Simon §§ 59 ff. Insbesondere über notwendige Reservefonds vgl. § 262 Anm. I, II, § 289 Anm. IV d, über freiwillige Reservefonds § 262 Anm. III. — Nur die vorhandenen Reserve- und Erneuerungsfonds sind in die Passiva aufzunehmen, nicht auch die erst auf Grund der betreffenden Bilanz diesen Fonds neu zu überweisenden Beträge (RG. 46 264).

1. Eigenschaft als Kapitalkonten. Die Reservefonds sind Kapitalkonten (Simon 227). Sie und der etwaige Gewinn auf Gewinn- und Verlustkonto stellen den verhältnismäßig beweglichen Teil des Kapitals der AG. dar, im Gegensatz zu dem durch die Buchung des Grundkapitals festgehaltenen unbeweglichen Teil. Aus der Eigenschaft der Reservefonds als Kapitalkonten folgt ohne weiteres die Notwendigkeit ihrer Einsetzung unter die Passiva, da nur durch diese Buchungsart ein Gegenposten für das dem Fonds entsprechende Vermögen herstellbar ist. Dem Bilanzposten eines Reservefonds (ebenso wie

demjenigen des Grundkapitals, § 178 Anm. II a) entspricht an sich keine von dem übrigen Vermögen der AG. getrennte Vermögensmasse (KB. 25, Simon 230; vgl. § 262: „ist einzustellen"). Richtiger wäre daher die Vermeidung der Bezeichnung als „Fonds". Die Bezeichnung als „Bestand" (Keyßner ZHR. 48 516 Anm. 11) ist nicht weniger irreführend. Eher wäre „Rücklagebetrag" als Bezeichnung der Endsumme des „Rücklagekonto" zu empfehlen. — Über die Vorschrift einer Anlegung des Reservefonds vgl. unten zu 4.

2. Unterscheidung von den Bewertungskonten. Die Reservefonds sind streng zu scheiden von den Bewertungskonten (unten Anm. XI c), welche — häufig unter ähnlichen oder gleichen Benennungen wie die Reservefonds — nicht einem wirklichen Kapital entsprechen, sondern nur einen Bilanzposten darstellen, der durch seine Einstellung den sachlich zu hohen Ansatz eines auf der anderen Seite der Bilanz befindlichen Postens ausgleichen und so unschädlich machen soll (vgl. Simon 228). Ob ein Reservefonds oder ein Bewertungskonto vorliegt, ist Tatfrage; auch kann ein einzelner ungetrennter Bilanzansatz für einen Teil dieses Ansatzes als Reservefonds, für einen anderen Teil als Bewertungskonto gemeint sein (Simon 133, 141, 228). Die Reservekonten entstehen durch (buchmäßige) Überweisung von Gewinn oder Teilen neu hinzutretenden Gesellschaftsvermögens, die Bewertungskonten durch (buchmäßige) Überweisung von Teilen des Stammvermögens; daraus folgt, daß ersteren nur etwas überwiesen werden kann, wenn etwas verdient ist oder neues Gesellschaftsvermögen hinzutritt, daß dagegen den letzteren eine Überweisung selbst dann zugeschrieben werden muß, wenn mit Verlust gearbeitet worden ist (vgl. Simon 136). Beide Arten von Konten werden unter der Bezeichnung „Rücklage" im Gesetz zusammengefaßt (vgl. § 237 Anm. II b 3).

3. Zweck. Der unmittelbare Zweck der Anlegung eines Reservefonds ist die Zurückbehaltung von Beträgen, die an sich zur Verteilung unter die Aktionäre geeignet wären, in dem Vermögen der Gesellschaft, also die Vermehrung des ursprünglichen Kapitals; der mittelbare Zweck ergibt sich aus denjenigen Voraussetzungen, unter denen die Verminderung oder gänzliche Aufhebung des betreffenden Reservefonds herbeigeführt werden darf oder muß (Simon 234).

4. Anlegung. Wird in der Satzung oder anderweit eine bestimmte Art, wie der betreffende Reservefonds anzulegen ist, vorgeschrieben, so hat dies nur die Bedeutung, daß ein Teil des Vermögens der AG., welcher nach seiner Höhe dem Reservefonds gleichkommt, aus Gütern bestimmter Art bestehen soll; infolge des Schwankens im Wert jener Güter wird eine solche Anweisung in der Regel nur ungefähr, nicht genau eingehalten werden können (vgl. Simon 230, OLG. Dresden 21 I 86 ZHR. 35 238; bezüglich freiwilliger Reservefonds abweichend Pinner Anm. III 5). Der Bilanzansatz des Reservefonds sinkt in diesem Fall nicht bereits bei Sinken des Werts solcher Anlagen. Ebensowenig steigt an sich der Bilanzansatz des Reservefonds durch Zinsen oder Kursgewinne, welche auf die Gegenstände entfallen, in denen die Anlegung erfolgt ist (KB. 25, Simon 281). Der Art. 185 c Abs. 2 ADH. lautete: „Im übrigen werden die Grundsätze, nach welchen die Bilanz aufzunehmen, Reservefonds zu bilden und anzulegen sind und die Prüfung der Bilanz zu erfolgen hat, durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt." Hierzu bemerkt D. 149: „Der Abs. 2 des bisherigen Art. 185 c ist gestrichen. . . . Die Vorschrift ist entbehrlich, übrigens insofern auch nicht zutreffend, als die bezeichneten Grundsätze keineswegs nur im Gesellschaftsvertrage, sondern unter Umständen durch einfache Beschlüsse der Generalversammlung oder durch Anweisungen des Aufsichtsrats festgestellt werden können."

c. **Die Bewertungskonten.** Vgl. Simon §§ 37 ff. Die in § 261 Nr. 5 genannten **Erneuerungsfonds** sind nur ein Beispiel der Bewertungskonten; alle letzteren sind einander in der hier fraglichen Beziehung völlig gleich; im Gesetz ist jenes Beispiel nur darum besonders hervorgehoben, weil bei ihm ein Irrtum in der Buchungsart besonders nahe lag. Über das Wesen der Bewertungskonten im Gegensatz zu den Reservekonten vgl. oben Anm. XI b 2. Die Bewertungsberichtigung kann sich auf den Bilanzansatz von Forderungen, von anderen Ver-

mögensgegenständen oder von schwebenden Geschäften beziehen. Im ersteren Fall wird das Bewertungskonto in der Regel als „Delkrederefonds“ (RG. 22 162) oder als „Reserve für zweifelhafte Forderungen“ (ROH. 25 326) bezeichnet, den zweiten Fall hat der Gesetzgeber bei dem Namen „Erneuerungsfonds“ im Sinn (vgl. § 261 Nr. 3). In der kaufmännischen Übung kommen, insbesondere für den zweiten und dritten Fall, sehr viele verschiedene Benennungen der Konten vor; auch was als „Spezialreserve“ bezeichnet wird, kann unter Umständen in Wahrheit keinen Reservefonds, sondern ein Bewertungskonto darstellen (RG. 4 104). Die etwaige Vorschrift der „Anlegung“ des Betrags von Bewertungskonten ist ebenso zu deuten wie bei Reservekonten (oben Anm. XI b 4). — Selten ist der Fall, daß der Wert eines Passivums der Bilanz durch ein Bewertungskonto berichtigt wird. In diesem Fall gehört dann das Bewertungskonto unter die Aktiven der Bilanz.

XII. **Besondere Angabe des Gewinns oder Verlusts (§ 261 Nr. 6).** Vgl. Simon §§ 23, 25, 70.

a. **Besondere Angabe.** Diese Vorschrift bewirkt eine Unterscheidung der Bilanz der AG. von anderen auf Grund doppelter Buchführung aufgestellten Bilanzen. Bei den letzteren wird der Saldo des Gewinn- und Verlustkontos auf das Kapitalkonto des Geschäftsherrn übertragen und der so sich ergebende Betrag des Kapitalkontos in die Bilanz aufgenommen, so daß das Kapitalkonto dort so erscheint wie es sich zum Zeitpunkt, für welchen die Bilanz aufgestellt wird, also in der Regel am Schluß des Bilanzjahrs stellt (Simon 70). Bei der Aktiengesellschaft dagegen ist der Saldo des Gewinn- und Verlustkontos (§ 260 Anm. V b) unmittelbar in die Bilanz zu übertragen (Simon 77), so daß dort — wenn dem Gesetz entsprechend gebucht wird — die Kapitalkonten unbeeinflußt durch den Gewinn oder Verlust des letztverflossenen Geschäftsjahrs erscheinen müssen, also in dem Bestand, den sie zu Anfang des Geschäftsjahrs hatten, jedoch unter Berücksichtigung des vorjährigen Gewinnverteilungs- oder Verlustdeckungsbeschlusses (§ 260 Anm. III, § 262 Anm. I c) und etwaiger im Lauf des Jahrs erfolgten Erhöhungen oder Herabsetzungen des Grundkapitals (oben Anm. XI a 2) oder Verfügungen über freiwillige Reservefonds (§ 262 Anm. III b). Erst auf Grund der so festgestellten Bilanz hat dann bei der AG. die Verteilung des Gewinns oder Verlusts stattzufinden, auch soweit diese Verteilung durch Zu- oder Abschreibung auf Kapitalkonten (Reservekonten, da das Grundkapitalkonto unverändert bleibt, oben Anm. XI a 1, b 1) erfolgt. Eine solche Verteilung braucht aber nach öffentlichem Recht überhaupt nicht stattzufinden, und in einzelnen Fällen (namentlich wenn Verlust vorhanden und die Reservekonten erschöpft sind) darf sie nicht stattfinden. Insoweit die Verteilung nicht stattfindet, ist der nicht verteilte Restbetrag des Gewinns oder Verlusts auf das Gewinn- und Verlustkonto des künftigen Jahrs vorzutragen. In einem etwaigen Gewinnvortrag liegt die Schaffung eines freiwilligen Reservefonds (Simon 248, RG. 20 III 05 JW. 346[22], OLG. Colmar 26 X 04 OLGRspr. 10 242, Sames in HoldheimsMSchr. 05 205; dagegen Rehm § 145 I C, § 162). Inwieweit Sonderrechte auf Feststellung des verdienten Reingewinns in der Bilanz und auf Verteilung des so festgestellten Reingewinns bestehen, vgl. § 213 Anm. II b 1, c 2.

b. **Gewinn oder Verlust.** Aus der vorstehend (Anm. XII a) angegebenen Art, wie die Buchung zu erfolgen hat, ergibt sich, daß der am Schluß der Bilanz angegebene „Gewinn oder Verlust“ nicht notwendig der während des letzten Geschäftsjahrs (oder sonstigen von dem Gewinn- und Verlustkonto umfaßten Zeitraums) erzielte ist, sondern nur der während jener Zeit erzielte unter Hinzurechnung des etwaigen Gewinn- oder Verlustvortrags, d. h. des nicht verteilten Gewinns oder Verlustes) aus dem Vorjahr (Simon 78, Rehm § 143 V B 2). Aus diesem Grund ist „Gewinn“ in § 261 Nr. 6 zu unterscheiden von „jährlicher Reingewinn“ in § 262 Nr. 1 (§ 262 Anm. II a 1). Doch wird an anderen Stellen des Gesetzes „Gewinn“, „Reingewinn“ und „Jahresgewinn“ unterschiedslos gebraucht. Daher muß bei jeder einzelnen Stelle besonders untersucht werden, was unter der betreffenden Bezeichnung zu verstehen ist (vgl. §§ 213—215, 227, § 238 Anm. I b, dagegen Rehm § 161).

XIII. **Satzungsbestimmungen** sind unwirksam, soweit sie zum Inhalt des § 261 in Gegensatz treten (RG. 43 126), dagegen wirksam, soweit sie die Bestimmungen des § 261 nur ergänzen

§ 262.

Reservefonds.

Zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes ist ein Reservefonds zu bilden. In diesen ist einzustellen:

1. von dem jährlichen Reingewinne mindestens der zwanzigste Theil so lange, als der Reservefonds den zehnten oder den im Gesellschaftsvertrage bestimmten höheren Theil des Grundkapitals nicht überschreitet;
2. der Betrag, welcher bei der Errichtung der Gesellschaft oder bei einer Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe der Aktien für einen höheren als den Nennbetrag über diesen und über den Betrag der durch die Ausgabe der Aktien entstehenden Kosten hinaus erzielt wird;
3. der Betrag von Zuzahlungen, die ohne Erhöhung des Grundkapitals von Aktionären gegen Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien geleistet werden, soweit nicht eine Verwendung dieser Zahlungen zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung außerordentlicher Verluste beschlossen wird.

ADH. Art. 239b (185b). **Entw. I** § 239. **Entw. II** § 255.

I. Verwendungszweck des Zwangsreservefonds.
II. Zuschreibungen zum Zwangsreservefonds.
III. Freiwillige Reservefonds.

I. **Verwendungszweck des Zwangsreservefonds:** „Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes." Nur den Zwangsreservefonds (diese Bezeichnung empfiehlt Simon 238) behandelt § 262. Indem man diese Bezeichnung für den in § 262 geregelten Reservefonds annimmt, darf doch nicht übersehen werden, daß noch zwei andere Zwangsreservefonds vorkommen können, nämlich erstens die gemäß § 289 Abs. 4 zu bildende Rücklage in Fällen, in denen eine zwecks Rückzahlung oder Befreiung bewirkte Herabsetzung des Grundkapitals vor Ablauf des Sperrjahrs „erfolgt" (§ 289 Anm. IV d), und zweitens bei einer gemäß § 306 erfolgenden Übernahme des Gesellschaftsvermögens einer AG. oder KAG. im ganzen gegen Aktiengewährung unter Liquidationsausschluß die bis zur Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften zu bildende Rücklage in Höhe des zurückzubehaltenden Ertrages des übernommenen Vermögens (§ 306 Anm. III c 1). Ferner ist zu beachten, daß streitig ist, ob der Zwangsreservefonds des § 262 nur zu demjenigen Teil, welchen § 262 als mindesten zu erreichenden Höchstbetrag vorschreibt, ein erzwungener ist (unten Anm. II a 3). Endlich kommen auch stille Zwangsrücklagen vor (§ 261 Anm. II). — Bezüglich der allen Reservefonds gemeinsamen Regeln vgl. § 261 Anm. XI b, insbesondere über den unmittelbaren Zweck der Reservefonds § 261 Anm. XI b 3.

a. **Bilanz.** In § 261 bedeutet „Bilanz": „Jahresbilanz oder andere Bilanz" (§ 261 Anm. III), in §§ 263—265 nur „Jahresbilanz" (§ 263 Anm. I a, § 265 Anm. I b). Hiernach ist zweifelhaft, welche von beiden Bedeutungen das Wort in dem in der Mitte liegenden § 262 hat. Simon 244 setzt voraus, daß in § 262 „Bilanz" auch die Eröffnungsbilanz einschließe, und daß mithin der Gründungsaufwand (§ 186 Anm. V), soweit er in die Eröffnungsbilanz als Verlust einzustellen ist (§ 261 Anm. V b), aus dem in die Eröffnungsbilanz als Reservefonds einzustellenden Aufgeld (unten Anm. II b) zu decken sei. (so auch Ring Nr. 7). Man wird aber wohl eher für das Gegenteil sich zu entscheiden und Bilanz nur im Sinn von „Jahresbilanz" zu verstehen haben, gerade um jene Folgerung auszuschließen, die wohl nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag. Hierfür spricht auch M. 175: „Vorausgesetzt ist also, daß bei Jahresschluß sich eine Unterbilanz herausstellt." In KB. 26 ist wohl unter „Unterbilanz" gleichfalls nur eine am Jahresschluß sich ergebende verstanden.

b. **Verlust.** Versteht man in § 262 Nr. 1 „jährlicher Reingewinn" in dem Sinn von „in dem betreffenden Geschäftsjahr erzielter Gewinn ohne Rücksicht auf etwaigen Gewinn- oder

Verlustvortrag" (unten Anm. II a 1), so wird man auch „Verlust" entsprechend auszulegen haben. Sind z. B. 5000 Mk. Gewinn vorgetragen, und hat das Jahr 20000 Mk. Verlust gebracht, so daß in der Bilanz ein „Verlust von 15000 Mk." erscheint, so würden nach der hier vertretenen Ansicht an sich die ganzen 20000 Mk. aus dem Zwangsreservefonds zu decken sein, und der Generalversammlung bliebe anheimgestellt, ob sie die vorgetragenen 5000 Mk. verteilen oder von neuem als Gewinn vortragen oder ob sie dieselben zur Deckung eines betreffenden Teils des Verlusts und entsprechenden Entlastung des Zwangsreservefonds verwenden will. Dies allein würde auch der Auffassung des Gewinnvortrags als eines freiwilligen Reservefonds (§ 261 Anm. XII a) entsprechen (unten Anm. III b); denn dadurch, daß die Generalversammlung nicht sofort im Vorjahr verteilt hat, ist sie des Rechts zur Verteilung nicht für die Zukunft verlustig gegangen (und braucht insbesondere nicht die Feststellung der neuen Bilanz abzuwarten); das einmal erworbene Recht kann ihr aber durch künftige Ereignisse nicht wieder entzogen werden. Anders nur, insoweit der Bestand des Zwangsreservefonds nicht groß genug ist, um den Verlust zu decken (unten Anm. III b); denn dann ist überhaupt kein Gewinnüberschuß mehr vorhanden, selbst bei Berücksichtigung des angesammelten Gewinns; nur der vorhandene und nicht bereits wieder verlorene Gewinnüberschuß darf aber verteilt werden (§ 215 Anm. III d). — Zuzugeben ist allerdings, daß bei dieser Auslegung die Worte „aus der Bilanz sich ergebend" nicht genau gewählt sind; doch liegt hierin nur ein aus Art. 185 b ADH. übernommener Mangel der Fassung, der wohl nur versehentlich nicht so, wie es bezüglich des gleichen Fassungsmangels im früheren Art. 240 ADH. geschehen (§ 240 Anm. I a), berichtigt worden ist. (Vgl. § 215 Abs. 1: „was sich nach der Bilanz als Reingewinn ergibt.") — Nur zur Deckung eines (Jahres-)Verlustes darf nach zwingendem Recht der Zwangsreservefonds verwendet werden; nicht auch zur Deckung der Ausfälle in einem einzelnen Geschäftszweig, wenn als Ergebnis der ganzen Geschäftsführung ein Gewinnüberschuß verblieben ist. Über die Frage, ob in ersterem Fall der Zwangsreservefonds zur Deckung verwendet werden muß, vgl. unten Anm. I c.

c. **Deckung.** Die Deckung darf nicht bereits im Rahmen der Bilanz für den Schluß desjenigen Geschäftsjahrs vorgenommen werden, für welches der Verlust sich ergibt (§ 261 Anm. XII a, Simon 240); vielmehr ist erst nach Feststellung jener Bilanz oder im Anschluß an diese Feststellung über die Deckung des Verlustes zu befinden, und demgemäß eine etwaige Buchung auf dem Konto des Zwangsreservefonds und dem Gewinn- oder Verlustkonto des neuen Geschäftsjahrs zu bewirken. Der etwa von der Generalversammlung hierüber gefaßte Verlustdeckungsbeschluß entspricht dem in § 260 Abs. 1 erwähnten Gewinnverteilungsbeschluß. — Daß im Fall eines vorhandenen Verlustes der Zwangsreservefonds zur Deckung desselben verwendet werden müsse (so Simon 241 und die dort angeführte Mehrzahl der Schriftsteller, auch Pinner Anm. III 1), ist zwar als gesetzliche Vorschrift, aber nicht als zwingende anzuerkennen, denn an einer derartigen Verwendung besteht kein öffentliches Interesse. Deshalb ist jedenfalls bei Einstimmigkeit aller Aktionäre die anderweite Deckung des Verlustes (z. B. durch Verwendung eines freiwilligen Reservefonds, insbesondere des vorjährigen Gewinnvortrags, oben Anm. I b) oder auch die unveränderte Vortragung des Verlustes ohne Deckung für zulässig zu erachten. Es ist aber auch nicht zuzugeben, daß (wie Simon 242, Staub[8]-Pinner Anm. 8, Goldmann Nr. 4 und wohl auch D. 148 annehmen) ein Sonderecht jedes einzelnen Aktionärs auf vorschriftsmäßige Verwendung des Zwangsreservefonds besteht. In einer Nichtverwendung liegt eine freiwillige Rücklage zum Zwangsreservefonds, betagt und bedingt durch die Ausgleichung des vorjährigen Bilanzverlustes durch Gewinn des neuen Jahrs; deshalb erscheint § 271 Abs. 3 Satz 2 anwendbar, so daß nur eine Minderheit, welche ein Zwanzigstel des Grundkapitals vertritt, zur Anfechtung eines derartigen Beschlusses berechtigt erscheint.

II. **Zuschreibungen zum Zwangsreservefonds** (§ 262 Nr. 1—3). Durch die Worte „ist einzustellen" ist anerkannt, daß es sich nur um eine Buchung, nicht um die Begründung einer getrennten Vermögensmasse handelt (§ 261 Anm. XI b 1).

a. **Rücklage aus dem jährlichen Reingewinn (§ 262 Nr. 1).**

1. „Jährlicher Reingewinn" ist der in dem letzten Geschäftsjahr erzielte

Gewinn, wie er sich laut festgestellter Bilanz (§ 261 Anm. XII b), jedoch bei Nichtberücksichtigung des (in dem Gewinnposten der Bilanz berücksichtigten) vorjährigen Gewinnvortrags stellt (Simon 271, Pinner Anm. III 6a, Goldmann Nr. 10; dagegen Rehm § 158, § 159 III B, Staub[8]-Pinner Anm. 9, Ring Nr. 3, Förtsch Art. 185b Anm. 4), da anderenfalls von demselben Gewinnbetrag unter Umständen mehrmals ein Anteil dem Reservefonds zugeschrieben werden müßte. Für die hier verteidigte Ansicht spricht auch die Bezugnahme auf § 262 Nr. 1 in § 329 Abs. 2, da es sich dort nur um Jahresgewinn ohne Berücksichtigung eines Gewinnvortrags handeln kann. Zuzugeben ist allerdings (dagegen Simon 272), daß die vorstehend vertretene Ansicht folgerichtig dahin führt, auch den Verlustvortrag des Vorjahrs unberücksichtigt zu lassen (Staub a. a. O.); hierin liegt jedoch nichts irgend Bedenkliches (vgl. auch oben Anm. I b), da die Überführung zum Reservefonds nur eine Buchung, keine Entziehung von Vermögen enthält; als einzige Folge ergibt sich, daß für den Fall künftiger Gewinne das Wachsen des Zwangsreservefonds etwas beschleunigt wird. Waren daher 19000 Mk. Verlust vorgetragen, sind im verflossenen Jahr 10000 Mk. gewonnen, so daß die Bilanz einen Restverlust von 9000 Mk. ausweist, so würden dennoch 500 Mk. dem Zwangsreservefonds zuzuschreiben, und es würde ein Verlust von 9500 Mk. neu vorzutragen sein (wohl das Gegenteil vorausgesetzt D. 180; dagegen auch Ring Nr. 3). — Etwaige Gewinnanteile von Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedern dürfen nicht vorweg abgezogen werden (Simon 272, Pinner Anm. III 6a, Staub[8]-Pinner Anm. 11, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 11; über die vorgeschriebene Berechnung vgl. § 237 Anm. II b). — Zahlungen Dritter auf Grund ihrer Gewinnanteilsgewähr (§ 215 Anm. IV) sind Teil des Reingewinns, wenn eine bestimmte Höhe des Reingewinns, nicht aber, wenn nur eine bestimmte Höhe der Gewinnverteilung gewährleistet ist (KG. 24 XI 02 OLGRspr. 6 29).

2. Mindestens fünf vom Hundert des „jährlichen Reingewinns" sind dem Zwangsreservefonds zuzuschreiben. Eine höhere Zuschreibung kann daher durch Satzung (§ 182 Anm. I) vorgeschrieben werden, und wenn eine solche Satzungsvorschrift vorhanden, besteht ein Sonderrecht jedes Aktionärs auf deren Beobachtung. Ist keine derartige Satzungsvorschrift vorhanden, so kann dennoch durch einfachen Generalversammlungsbeschluß die höhere Überweisung beschlossen werden, dieser Beschluß unterliegt jedoch der Anfechtung durch eine Minderheit oder den Vorstand gemäß § 271 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4.

3. Solange der Zwangsreservefonds den zehnten (oder den in der Satzung bestimmten höheren) Teil des Grundkapitals nicht überschreitet, sind die Überweisungen fortzusetzen. Beträgt das Grundkapital 100000 Mk., der Zwangsreservefonds 9800 Mk., der jährliche Reingewinn des letzten Geschäftsjahrs 10000 Mk., so brauchen dem Zwangsreservefonds nicht mehr die vollen 500 Mk., sondern nur 200 Mk. überwiesen zu werden. Unerheblich ist, aus welcher Quelle der Zwangsreservefonds auf den maßgebenden Betrag gewachsen ist (Simon 275, Esser Anm. 4). Ein vermindert gewesener Zwangsreservefonds ist von neuem durch Überweisung gemäß § 262 Nr. 1 zu ergänzen (M. 175). Bezüglich der Anordnung einer höheren Grenze durch Satzung und bezüglich freiwilliger Mehrüberweisung durch Generalversammlungsbeschluß gilt dasselbe wie vorstehend bezüglich Höherbemessung der Verhältniszahl der jährlichen Zuschreibung erörtert. Bei der Berechnung ist das Grundkapital in derjenigen Höhe zu berücksichtigen, in welcher es in der maßgebenden Bilanz erscheinen mußte (§ 261 Anm. XI a; vgl. OLG. Dresden 16 XI 85 ZHR. 35 238). — Bestritten ist, ob der Zwangsreservefonds auch in so weit, als er durch über das gesetzliche Mindestmaß hinausgehende Mehrüberweisungen entstanden ist, nur „zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes" verwendet werden darf, oder ob er insoweit die Eigenschaft eines freiwilligen Reservefonds (unten Anm. III) hat. Für letztere Ansicht RG. 28 46; das Reichsgericht erklärt für zulässig, z. B. die Übertragung dieser Mehrüberweisung an einen Spezialreservefonds, der zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung geschäftlicher Verluste jeder Art benutzt werden darf. Die D. 148 entscheidet sich gleichfalls hierfür, indem sie bemerkt:

„In betreff der Verwendung des Reservefonds bedarf es keiner besonderen gesetzlichen Vorschriften. Namentlich gilt dies in betreff der Fragen, . . . ob der Reservefonds, soweit er den gesetzlich vorgeschriebenen Betrag übersteigt, durch Beschluß der Generalversammlung zu einem anderen als dem gesetzlich bestimmten Zweck verwendet werden kann. Diese früher streitigen Fragen sind gegenwärtig auch in der Rechtsprechung entschieden". Diese Anschauung wird daher wohl jetzt als diejenige des Gesetzgebers zu grund zu legen sein, wenngleich sie mit dem Wortlaut des § 262 Nr. 1 kaum vereinbar ist (ebenso Pinner Anm. III 2, CosackHR. § 118 III 2 bei Anm. 20, Staub[8]-Pinner Anm. 25, Geißmar in HoldheimsMSchr. 02 10, Goldmann Nr. 7 und bezüglich einer nur auf Generalversammlungsbeschluß beruhenden Überweisung Ring Nr. 8; dagegen Simon 261 und bezüglich einer auf Satzungsbestimmung beruhenden Überweisung Ring Nr. 8).

b. **Aufgeld** bei Ausgabe über Nennbetrag (§ 262 Nr. 2).

1. Eigenschaft als Einlage. Das Aufgeld („Agio") ist Kapitalsvermehrung (RG. 55 45). Es hat die Eigenschaft einer Einlage; es ist kein Gewinn, es sei denn, daß man jede Kapitalsvermehrung als „Gewinn" bezeichnen will (RG. 32 247, RG. 20 III 97 HoldheimsMSchr. 185, RG. 46 263, Simon 83, Simon in Preußisches Verwaltungsblatt 8 X 98, Rehm § 110; ebenso jetzt Pl. OVG. 21 VI 02 JHR. 53 609 für die Frage der Besteuerung des Aufgelds als „Überschuß" bei der Einkommensteuer in Preußen). Ersteres ist jetzt ausdrücklich anerkannt durch die Fassung des § 211 (da hier „Kapitaleinlagen" auch das Aufgeld umfaßt; vgl. § 211 Anm. II), letzteres durch Ersetzung des in dem früheren Art. 185b Nr. 2 enthaltenen Worts „Gewinn" durch „Betrag" in § 262 Nr. 2 (D. 148, KB. 90). Das Aufgeld ist mithin unmittelbar dem Reservefonds (oder, soweit wegen Abrechnung über die Kosten seine Höhe noch nicht feststeht, einem Hilfskonto des Reservefonds, Simon 277) zuzuschreiben und darf nicht in die Gewinn- und Verlustrechnung eingestellt werden (§ 260 Anm. Vb). Eine etwaige Versteuerung des Aufgelds hat im Bundesstaat des Sitzes stattzufinden (RG. 50 100). — Wie ein bei Ausgabe von Schuldverschreibungen erzieltes Aufgeld zu buchen, vgl. Rehm § 106.
2. Höhe der erforderlichen Überweisung zum Zwangsreservefonds. Für die Notwendigkeit der Überweisungen des Aufgelds (Nr. 2) und der Zuzahlungen (Nr. 3) besteht keine Begrenzung durch Erreichung eines bestimmten Bestands des Zwangsreservefonds (RG. 32 248). „Ausgabe der Aktien bedeutet hier (wie in § 184) „Zuteilen eines Grundkapitalanteils", nicht etwa (wie an anderen Stellen; § 184 Anm. I) „Ausgabe der Urkunde". Abzugsfähig sind nur diejenigen Kosten die seitens der Gesellschaft im Einzelfall getragen werden. Unter dieser Voraussetzung gehören hierzu der Urkundenstempel für die Aktien (RG. 55 45), der Reichsstempel für das Anschaffungsgeschäft (RG. 55 47 Anm.), die Kosten der Aktienanfertigung, die Gerichts- und Notariatskosten (Simon 276) und die Kosten, die mit der Einführung der Aktien an der Börse verbunden sind (Esser § 284 Anm. 3). Ferner wohl auch eine etwa gezahlte Provision für Gewährleistung der Abnahme aller Anteile zum Ausgabebetrag (Simon 276, Ring Nr. 4; dagegen Pinner Anm. III 6b); für diese Ansicht spricht, daß die „für die Gesellschaft durch die Ausgabe der neuen Aktien entstehenden Kosten" in § 284 Abs. 2 Nr. 3 an einer Stelle erwähnt werden, welche der Erwähnung des „der Gesellschaft zur Last fallenden Gründungsaufwands" in § 195 Abs. 2 Nr. 2 entspricht; vgl. auch § 261 Anm. X. — Eine Berechnung der Kosten ist bei Anmeldung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals dem Registergericht des Sitzes einzureichen (§ 284 Abs. 2 Nr. 3).
3. Nichtberücksichtigung von Zinsvergütungen. Erfolgt die Zuteilung neuer Grundkapitalanteile im Lauf eines Geschäftsjahrs, und vergüten die Übernehmer der Grundkapitalanteile feste Zinsen, um hierdurch für den abgelaufenen Teil des Geschäftsjahrs das Recht auf einen Gewinnanteil zu erhalten, so ist die Zinsvergütung nicht dem Zwangsreservefonds zuzuführen, denn diese Zahlung ist nicht Teil der Einlage auf den Ausgabebetrag (§ 211 Anm. II), bezieht sich vielmehr auf ein anderes, nebenher laufendes Rechtsgeschäft (RG. 55 46, Simon 278, Pinner Anm. III b, Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 16, Staub[8]-Pinner Anm. 17; dagegen Staub[7] Anm. 15). Entsprechend im um-

gekehrten Fall, wenn nämlich die Gesellschaft den neuen Aktionären eine Zinsvergütung zahlt als Entgelt dafür, daß die neuen Aktionäre auch für den Rest des laufenden Jahrs keinen Gewinnanteil erhalten: diese Zinsvergütung darf dann nicht von dem Betrag des Aufgelds abgezogen, sondern das letztere muß unverkürzt durch die Zinsvergütung dem Reservefonds zugeschrieben werden.

c. **Zuzahlung gegen Gewährung einer Bevorrechtigung der Anteilrechte (§ 262 Nr. 3).**

1. „Gegen Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien." Vorzugsrechte vgl. § 185 Anm. I. Der Fall des § 262 Nr. 3 liegt nur vor, wenn mit dem Anteilrecht eine Bevorrechtigung verknüpft wird („für ihre Aktien"; § 179 Anm. I, II); nicht, wenn einzelnen Personen ein Vorteil gewährt wird; nicht, wenn Zuzahlungen ohne Erwerb einer Bevorrechtigung geleistet werden, z. B. als Schenkung; nicht, wenn als Gegenleistung für die Zuzahlung nur Gläubigerrechte, z. B. verbrieft durch Gewinnanteilscheine, eingeräumt werden. — Ob die Anordnung, daß jeder Aktionär eine Zuzahlung leisten oder die Bevorrechtigung der Zuzahlenden dulden müsse, durch Mehrheitsbeschluß oder nur mit Zustimmung aller Aktionäre gültig getroffen werden könne, vgl. § 276 Anm. Vb.
2. „Ohne Erhöhung des Grundkapitals." Der § 262 Nr. 3 betrifft nur den Fall von Zuzahlungen ohne Erhöhung des Grundkapitals. Wirtschaftlich etwa derselbe Zweck, wie durch derartige Zuzahlungen, wird erreicht, wenn das Grundkapital durch Schaffung neuer bevorrechtigter Anteile erhöht und den bisherigen Aktionären gestattet wird, auf jedes neue Anteilrecht nur einen Teil bar zu zahlen und für den Rest ihre bisherigen Anteilrechte zwecks deren Einziehung in Zahlung zu geben (§ 276 Anm. Vd, Simon 227). Dennoch wird man die Bestimmung des § 262 Nr. 3 auf einen derartigen, rechtlich verschieden liegenden Fall (vgl. auch „für ihre Aktien") nicht ausdehnen können (zust. Ring Nr. 5, Staub[8]-Pinner Anm. 22, Goldmann Nr. 21; für entsprechende Anwendung Simon 227).
3. Höhe der erforderlichen Überweisung. Zuzahlungen brauchen nur insoweit dem Zwangsreservefonds zugeschrieben zu werden, als nicht eine Verwendung zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung außerordentlicher Verluste beschlossen wird. Einer Abschreibung steht die Höherbewertung eines unter die Passiva aufgenommenen Bewertungskontos (§ 261 Anm. XIc) gleich (D. 148). Über die Fälle, in denen außerordentliche Abschreibungen notwendig werden können, vgl. Simon 390. Für gewöhnliche Abschreibungen oder Betriebsverluste darf die Zuzahlung nicht verwendet werden (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 20). Der außerordentliche Verlust kann vorweg gedeckt werden, auch wenn das letzte Geschäftsjahr als ganzes keinen Verlust gebracht hat, und auch wenn die Bilanz keinen Verlust aufweist; abweichend bei Deckung von Verlust durch Verwendung des Zwangsreservefonds (oben Anm. Ib). Wann der Beschluß (§ 251 Anm. III) gefaßt werden muß, ist nicht gesagt; in der Regel wird der Beschluß vor der Leistung der Zuzahlung zu fassen sein; man wird indessen (dagegen Ring Nr. 5) auch einen nach erfolgter Überweisung an den Zwangsreservefonds ergehenden Beschluß zulassen müssen, wenn man eine Rückgängigmachung freiwillig zu hoher Überweisungen überhaupt zuläßt (hierüber oben Anm. IIa 3); doch darf sich auch in diesem Fall der Beschluß nur auf solche Verluste oder Notwendigkeit von Abschreibungen beziehen, welche bei Leistung der Zuzahlung bereits vorhanden waren.

III. **Freiwillige Reservefonds.** Bezüglich der allen Reservefonds gemeinsamen Regeln vgl. § 261 Anm. XIb. Ob der Gewinnvortrag ein freiwilliger Reservefonds, vgl. § 261 Anm. XIIa.

a. **Begründung.** Das Gesetz ordnet nur den Zwangsreservefonds, setzt jedoch in § 261 Nr. 5 die Zulässigkeit freiwilliger Reservefonds voraus. Die Begründung eines freiwilligen Reservefonds kann durch die Satzung oder durch Beschluß der Generalversammlung im voraus angeordnet sein, oder auch durch Beschluß der Generalversammlung ohne Vorausanordnung erfolgen (Neukamp ZHR. 38 54, RG. 20 III 05 JW. 345[23]). Über die Frage, inwieweit einer dahingehenden Satzungsänderung oder einem solchen Generalversammlungsbeschluß

Sonder-, Gläubiger- oder Minderheitsrechte entgegenstehen, vgl. § 213 Anm. II. Eine Satzungsbestimmung, durch welche dem Vorstand oder Aufsichtsrat freigestellt wird, daß diese Behörde nach ihrem Ermessen die Bildung freiwilliger Reservefonds oder die Höhe der diesen zu überweisenden Beträge bestimmen könne, ist nicht für zulässig zu erachten, da hierdurch der Generalversammlung das nur ihr zustehende Recht, über die Gewinnverteilung zu beschließen (§ 260 Anm. Ib; vgl. § 182 Anm. IVa), verkürzt wird (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 34, Ring Nr. 9; dagegen Simon 239, Pinner Anm. IV 4). Zulässig nach öffentlichem Recht dagegen — weil nicht das Gewinnverteilungsrecht der Generalversammlung berührend — ist ein Beschluß, wonach bestimmte Beträge von der Gewinnverteilung ausgeschlossen und einer anderen Gesellschaftsbehörde zur Verwendung nach ihrem Ermessen überwiesen werden; ein solcher Beschluß kann jedoch später, insoweit die Verwendung noch nicht stattgefunden hat, wieder rückgängig gemacht werden (unten Anm. IIIb). Die Bildung eines derartigen „Dispositionsfonds des Aufsichtsrats" ist daher nicht unzulässig (zust. Ring Nr. 9; vgl. jedoch KGJ. 8 16); daß er dem Gesetz nicht bekannt, ist unerheblich, da, was nicht verboten, erlaubt ist (§ 17 Anm. IIb, Simon 266).

b. **Aufhebung.** Je nachdem, ob der Reservefonds auf Satzungsanordnung oder Generalversammlungsbeschluß beruht, kann er nur auf Grund einer Satzungsänderung oder bereits durch einen neuen entgegenstehenden Generalversammlungsbeschluß wieder aufgehoben werden (vgl. RG. 28 55, OLG. Colmar 26 X 04 OLGRspr. 10 242). Soweit eine Aufhebung durch gewöhnlichen Generalversammlungsbeschluß zulässig ist (anderenfalls § 274 Anm. Ic), wirkt der Beschluß, gleichgültig ob er ausdrücklich auf Aufhebung des Reservefonds lautet, oder ob er nur mittelbar, z. B. durch Verfügung über den Reservefonds gelegentlich Feststellung der Bilanz, eine solche Aufhebung enthält. Die Aufhebung oder teilweise Verwendung des Reservefonds kann nicht (was Pinner Anm. IV 3 annimmt) nur im Anschluß an den jährlichen Gewinnverteilungsbeschluß beschlossen werden; darüber, wann Gewinnverteilung beschlossen werden darf, enthält das Gesetz überhaupt keine beschränkenden Vorschriften (§ 260 Anm. Vd) außer der einen, daß verteilbarer Gewinn (§ 215 Anm. IIIb) vorhanden sein muß. Auch das dem freiwilligen Reservefonds entsprechende Vermögen darf daher nicht mehr verteilt werden, sobald die Bilanz einen Verlust aufweist und dieser nicht aus dem Zwangsreservefonds Deckung findet (RG. 28 57).

§ 263.

Auslegung der Vorlagen, Abschrift.

Die im § 260 Abs. 2 bezeichneten Vorlagen sind mindestens während der letzten zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung in dem Geschäftsraume der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen.

Auf Verlangen ist jedem Aktionär spätestens zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung eine Abschrift der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bemerkungen des Aufsichtsraths und des Geschäftsberichts zu ertheilen.

An die Stelle des Tages der Generalversammlung tritt, falls die Ausübung des Stimmrechts von der Hinterlegung der Aktien abhängig ist, der Tag, bis zu dessen Ablauf die Hinterlegung zu geschehen hat.

ADH. Art. 239 Abs. 2 Satz 2, 3. **Entw. I** § 237 Abs. 3, 4. **Entw. II** § 253.

I. **Auslegung.**

a. **Gegenstand** der Auslegung sind der Entwurf der Jahresbilanz, die Gewinn- und Verlustrechnung, der Geschäftsbericht und die Bemerkungen des Aufsichtsrats (§ 260 Abs. 2).

b. **Zeit.** Die Dauer der Auslegung muß zwei Wochen betragen. Die Auslegung hat zu erfolgen während der letzten zwei Wochen vor dem Tag der Generalversammlung bzw. dem Ablauf der Frist zur Hinterlegung der Mitgliedscheine (vgl. § 255 Anm. II, § 256 Anm. IIc), und zwar nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit (§ 358).

c. **Ort.** Die Auslegung hat in dem Geschäftsraum der Gesellschaft zu erfolgen. Hierunter ist zu verstehen: nur am Sitz der Gesellschaft; wenn sie dort keinen Geschäftsraum hat, nur im Geschäftsraum ihrer Hauptniederlassung.

d. **Einsichtsberechtigt** ist jeder Aktionär. Über den Nachweis der Eigenschaft als solcher vgl. § 252 Anm. II. Einsichtsberechtigt ist auch ein gesetzlicher Vertreter des Aktionärs. Auch Bevollmächtigten wird die Einsicht zu gewähren sein, da die Zulässigkeit einer Ausübung aller Rechte durch Vertreter die Regel bildet und — wie aus der Unbeschränktheit einer Weitergabe der gemäß § 263 Abs. 2 erteilten Abschriften hervorgeht — kein streng persönliches Recht in Frage steht.

II. **Abschrifterteilung.**

a. **Gegenstand** ist derselbe wie bezüglich der Auslegung (oben Anm. I a).

b. **Zeit.** Die Zeitbegrenzung in § 263 Abs. 2 ist von der Reichstagskommission (KB. 90, 91) eingeschoben. Der Schluß der Frist des § 263 Abs. 2 fällt mit dem Beginn der Berufungsfrist (§ 255 Abs. 1) zusammen und liegt vor dem Beginn der Ankündigungsfrist (§ 256 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1). Damit die Frist des § 263 Abs. 2 eingehalten werden kann, muß daher das Verlangen in vielen Fällen schon vor Berufung oder Ankündigung gestellt werden; dies ist indessen nicht so unbillig, wie es auf den ersten Blick erscheinen könnte, da immerhin wegen der Vorschrift in § 260 Abs. 2 der Aktionär die Berufung einer Generalversammlung zur Beschlußfassung über jene Vorlagen in der Regel vorhersehen kann. Die Einhaltung der Frist wird nur dann verlangt werden können, wenn das Verlangen so rechtzeitig gestellt ist, daß im regelmäßigen Geschäftsgang eine Fertigung der Abschrift vor Schluß der Frist noch bewirkt werden kann. Über die Pflicht der Gesellschaft, nötigenfalls vorrätige und nicht anderweit erforderliche Druckexemplare herzugeben, vgl. § 256 Anm. V. Die Frist ist zugunsten der Aktionäre bestimmt (KB. 90). Daher ist auch einem nach Ablauf der Frist gestellten Verlangen noch innerhalb der bei regelmäßigem Geschäftsgang erforderlichen Zeit stattzugeben (vgl. Esser Anm. 2). — Da § 263 nur die Vorbereitung der Generalversammlung betrifft, kann aus ihm nicht die Pflicht der Gesellschaft gefolgert werden, Abschriften noch nach stattgehabter Versammlung zu erteilen (Behrend § 132 Anm. 6); auch aus anderen Vorschriften folgt keine solche Pflicht (Pinner Anm. II; dagegen Förtsch Art. 239 Anm. 6): es bleibt dann nur noch die Möglichkeit, auf Grund der Glaubhaftmachung eines rechtlichen Interesses das Registergericht um Abschriften der eingereichten Schriftstücke (§ 265 Anm. II b) anzugehen (§ 265, § 9 Abs. 2).

c. **Kosten.** Der Art. 239 ADH. bestimmte, daß der Aktionär nur „auf seine Kosten" die Erteilung der Abschriften verlangen könne. Diese Bestimmung ist jetzt beseitigt, „da es sich hier um eine der Gesellschaft ihren Mitgliedern gegenüber obliegende Leistung handelt, deren Kosten der Natur der Sache nach der Gesellschaft selbst zur Last fallen" (D. 147).

III. **Verstoß.** Die Bestimmungen des § 263 sind keine bloßen Ordnungsvorschriften, durch deren Verletzung die Gültigkeit der daraufhin gefaßten Beschlüsse nicht berührt würde (Bolze 14 Nr. 494 d, Rudorff zu 263, Staub-Pinner Anm. 6, Goldmann Nr. 5; dagegen RGZ. 12 28, Ring Nr. 4). Das Unterlassen der Auslegung oder Abschrifterteilung enthält vielmehr einen nicht erheblichen Verstoß gegen das zum Beschluß führende Verfahren (§ 273 Anm. II a), wenngleich nicht eine ordnungswidrige Berufung oder Ankündigung (§ 271 Anm. V a 3). Unter Umständen kann darin auch eine Obliegenheitsverletzung der Vorstandsmitglieder (§ 241 Abs. 2) liegen. Die Vorschrift des § 263 Abs. 1 ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§ 319 Abs. 1).

§ 264.

Vertagung der Verhandlung über Bilanzgenehmigung.

Die Verhandlung über die Genehmigung der Bilanz ist zu vertagen, wenn dies in der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen oder von einer Minderheit, deren Antheile den zehnten Theil des Grundkapitals er-

reichen, verlangt wird, auf Verlangen der Minderheit jedoch nur, soweit von ihr bestimmte Ansätze der Bilanz bemängelt werden.

Ist die Verhandlung auf Verlangen der Minderheit vertagt, so kann von dieser eine erneute Vertagung nur gefordert werden, wenn über die in der früheren Verhandlung bemängelten Ansätze der Bilanz die erforderliche Aufklärung nicht ertheilt worden ist.

ADH. Art. 239a Abs. 2. **Entw. I** § 240. **Entw. II** § 256.

I. **Mehrheitsbeschluß,** die Generalversammlung zu vertagen, ist bedingungslos und unbeschränkt oft zulässig (§ 250 Anm. IV a 6, § 260 Anm. V d; ebenso Esser Anm. 2, Staub[8]-Pinner Anm. 5, Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 3; dagegen Pinner Anm. III), auch ohne vorherige Ankündigung (§ 256 Anm. III d). Ein Sonderrecht auf Feststellung einer Jahresbilanz ist allerdings anzuerkennen (dagegen RG. 49 145); denn die Generalversammlung ist nur Gesellschaftsbehörde (§ 250 Anm. IV) und kann daher durch ihre Weigerung, die Verpflichtung der Gesellschaft zu erfüllen, ebensowenig, wie eine andere Gesellschaftsbehörde durch eine entsprechende Weigerung, den gegenüber der Gesellschaft bestehenden Anspruch vereiteln. Jedoch besteht das Sonderrecht auf Feststellung einer Jahresbilanz nur in denselben Grenzen wie überhaupt das Recht auf Feststellung des verdienten Reingewinns, mithin im wesentlichen nur dahin, daß nicht in böswilliger oder willkürlicher Weise die Feststellung der Jahresbilanz verhindert werden dürfe (§ 213 Anm. II b, § 250 Anm. II c 6). Dies Sonderrecht geht überdies zunächst nur dahin, daß irgend eine Jahresbilanz, nicht etwa, daß eine Jahresbilanz bestimmten Inhalts festgestellt werde; erst wenn eine bestimmte Bilanz festgestellt ist, kann es sich weiter darum handeln, ob ein Sonderrecht darauf besteht, daß sie anders, als geschehen, festgestellt werde. Das erstere Sonderrecht ist nur durch einen gemäß § 888 CPO. gegen die Gesellschaft gerichteten Zwang, das zweite gemäß § 894 CPO. vollstreckbar.

II. **Minderheitsrecht.** Eine Minderheit, deren Grundkapitalanteile (§ 179 Anm. III a) mindestens ein Zehntel des Grundkapitals (§ 178 Anm. II a) erreichen, hat das Recht, die einmalige Vertagung zu fordern, wenn sie — mit Recht oder mit Unrecht — bestimmte Ansätze der Bilanz bemängelt. Der Antrag kann nur in der Generalversammlung gestellt werden. Er bedarf keiner vorherigen Ankündigung (§ 256 Anm. III d). Die Berufung der neuen Generalversammlung ist dann im gewöhnlichen Verfahren, also in der Regel seitens des Vorstands, zu bewirken; es handelt sich nicht etwa bloß um ein neues Zusammentreten der Teilnehmer der vertagten Generalversammlung (Esser Anm. 3, Pinner Anm. II). Nach bisherigem Recht war streitig, ob das Minderheitsrecht mehr als einmal ausgeübt werden dürfe. Zur Entscheidung dieses Zweifels ist § 264 Abs. 2 neu hinzugefügt (D. 148). Eine „erneute Vertagung" kann nicht nur einmal, sondern so oft verlangt werden, bis die erforderliche Aufklärung erteilt wird (ebenso Könige Anm. 261, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 10; dagegen Esser Anm. 2). Inwieweit eine Aufklärung „erforderlich" ist, hat in erster Reihe die Mehrheit der Generalversammlung und in zweiter Reihe das etwa demnächst angerufene Gericht zu entscheiden. In der Regel wird als erforderlich für die Bilanzfeststellung — um welche allein es sich handelt — nur der Nachweis erachtet werden können, daß bei Aufstellung der Bilanz die gesetzlichen Vorschriften beobachtet worden sind. Allzu sehr ins einzelne gehende Mitteilungen können unter Umständen die Gesellschaft schädigen, werden daher nicht verlangt werden können (vgl. § 231 Anm. II b). Gemeint ist wohl („dieser"), daß nur dieselben Anteile, für welche zuerst Vertagung verlangt ist, zum Verlangen erneuter Vertagung berechtigen, so lange der Gesamtbetrag noch ein Zehntel des Grundkapitals erreicht (vgl. entsprechend § 270; dagegen Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 10, Staub[8]-Pinner Anm. 5). Über die Strafbarkeit mißbräuchlicher Benutzung fremder Anteilrechte vgl. § 318. — Es besteht ein verzichtbares Sonderrecht darauf, daß das Minderheitsrecht beachtet wird (§ 250 Anm. II c 10); doch liegt in der Nichtachtung nur ein nicht erheblicher Verstoß gegen das Verfahren (§ 273 Anm. II a).

III. **Gegenstand des Beschlusses.** Als Gegenstand des Beschlusses nennt § 264 nur die Genehmigung der Bilanz. Da aber die festzustellende Bilanz gleichzeitig die Grundlage bildet für

den Gewinnverteilungs- und für den Entlastungsbeschluß, so hat die Vertagung der Bilanzgenehmigung auch die Vertagung des Gewinnverteilungsbeschlusses und der Entlastung zur notwendigen Folge, sofern nicht etwa die Vertagung lediglich wegen einer solchen Bilanzbemängelung erfolgt, von der es ohne weiteres klar ist, daß sie die Gewinnverteilung nicht beeinflußt oder die Geschäftsführung unberührt läßt (RG. **44** 70; vgl. § 250 Anm. IIc 11).

§ 265.

Bekanntmachung. Einreichung.

Nach der Genehmigung durch die Generalversammlung ist die Bilanz sowie die Gewinn- und Verlustrechnung unverzüglich durch den Vorstand in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen.

Die Bekanntmachung sowie der im § 260 bezeichnete Geschäftsbericht nebst den Bemerkungen des Aufsichtsraths ist zum Handelsregister einzureichen. Zum Handelsregister einer Zweigniederlassung findet die Einreichung nicht statt.

ADH. Art. 239b (185c Abs. 1). **Entw. I** § 241. **Entw. II** § 257.

I. **Bekanntmachung.**

a. **Verpflichtet** zur Bekanntmachung ist der Vorstand, d. h. die Behörde in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§ 234 Anm. Ic). Er hat dieser Verpflichtung unverzüglich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern, BGB. § 121) nach Feststellung (§ 260 Anm. IIb) der Jahresbilanz durch die Generalversammlung nachzukommen. Eine Verpflichtung des Vorstands ist nicht als vorhanden anzusehen, wenn der Feststellungsbeschluß eine Verletzung von Gesetz oder Satzung enthält, und so lange der Beschluß wegen der betreffenden Verletzung angegriffen werden kann (§ 273 Anm. II; zust. Ring Nr. 1, Rehm § 183 VIII A, Staub[8]-Pinner Anm. 3); der Vorstand ist in solchem Fall zwar verpflichtet, einen anderweiten Beschluß anzuregen (§ 260 Anm. IIb), aber nicht, gegen den früheren Beschluß durch Anfechtung vorzugehen (§ 271 Anm. Vc).

b. **Gegenstand** der Bekanntmachung sind:

1. Die Bilanz (§ 39 Anm. Ic), d. h. die Jahresbilanz (§ 260 Anm. IIa: vgl. § 261 Anm. III), da nach § 260 nur diese von der Generalversammlung „genehmigt" wird.
2. Die Gewinn- und Verlustrechnung (§ 260 Anm. Vb).

Weder der Gewinnverteilungs- noch (KB. 26) der Entlastungsbeschluß.

c. **Art** der Bekanntmachung. Die D. 148 bemerkt: „Vielfach wird von Aktiengesellschaften, die ihrer Generalversammlung sehr eingehende Bilanzen vorlegen, demnächst zum Zwecke der Veröffentlichung eine Kürzung vorgenommen, indem eine Anzahl Unterposten gestrichen und nur die Hauptposten in der Bilanz belassen werden. Dieses Verfahren zu untersagen und schlechthin vorzuschreiben, daß die Bilanz in demselben Umfang veröffentlicht werden müsse, in welchem sie der Generalversammlung vorgelegt worden ist, erscheint nicht ratsam . . . Es muß genügen, wenn das Registergericht in der Lage ist, etwaige Bilanzveröffentlichungen, welche derart summarisch gehalten sind, daß sie überhaupt keine Übersicht über die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft gewähren, als ungenügend zurückzuweisen und den Vorstand durch Ordnungsstrafen zu einer anderweitigen Veröffentlichung anzuhalten." Da aus dieser Ausführung der Denkschrift zu entnehmen ist, daß der Gesetzgeber hier unter „bekanntmachen" nur ein Bekanntmachen dem wesentlichen Inhalt nach verstanden wissen wollte, so erscheint eine Auslegung im Sinn der Denkschrift zulässig (vgl. auch § 10 Anm. IIa; ebenso Rudorff zu Abs. 1, Mosse Anm. 1, Könige Anm. 263, Ring Nr. 1, Staub[7] Anm. 1, Goldmann Nr. 2; dagegen Pinner Anm. I, Staub[8]-Pinner Anm. 1; zweifelnd Esser Anm. 2), wenn es auch empfehlenswert gewesen wäre, der gewollten Auslegung durch die Fassung des Gesetzes Ausdruck zu geben. — Über die Form der Bekanntmachung vgl. § 182 Anm. IVb 7.

II. **Einreichung.**

a. **Verpflichtet** zur Einreichung ist der Vorstand (§ 234 Anm. Ic).

b. **Gegenstand** der Einreichung sind die Bekanntmachung (oben Anm. I b, c) und der Geschäftsbericht (§ 260 Anm. V c) mit den Bemerkungen (§ 246 Anm. III a 2 α) des Aufsichtsrats. Ist Bilanzgenehmigung nicht erfolgt, so brauchen auch Geschäftsbericht und Bemerkungen nicht eingereicht zu werden („sowie", Ring Nr. 2; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 6). Über die Verpflichtung zur Einreichung des Protokolls der Generalversammlung vgl. § 259 Anm. IV.

c. **Zuständiges Gericht.** Nur bei dem Registergericht des Sitzes (§ 182 Anm. IV b 2, § 201 Anm. II) hat die in § 265 vorgeschriebene Einreichung zu erfolgen (D. 149).

III. **Erzwingung.** Unmittelbar kann nur die Einreichung erzwungen werden (§ 14), mittelbar aber wohl auch das Bekanntmachen (ebenso Pinner Anm. II); mithin entsteht die Einreichungspflicht auch bezüglich der Bekanntmachung bereits mit der Feststellung der Jahresbilanz (vgl. entsprechend § 244 Anm. III). Da eine vorschriftsmäßige Bekanntmachung einzureichen, hat der Richter zu prüfen, ob — die Rechtsgültigkeit des Bilanzfeststellungsbeschlusses und der Gewinn- und Verlustrechnung vorausgesetzt — die Bekanntmachung in vorschriftsmäßiger Weise erfolgt ist (§ 195 Anm. I g, D. 149 oben Anm. I c). Den Inhalt des Bilanzfeststellungsbeschlusses und der Gewinn- und Verlustrechnung dagegen hat er nicht zu prüfen, da keine Eintragung in das Handelsregister in Frage steht (§ 12 Anm. VI b, KGJ. 12 29, OLG. Hamburg 2 V 98 HoldheimsMSchr. 193). Namentlich also nicht, ob die Vorschriften des § 261 beobachtet worden sind (OLG. Hamburg 11 X 01 EntschFG. 2 236 KGJ. 23 D 20 OLGRspr. 3 278; dagegen bezüglich § 261 Nr. 6 Cohn in HoldheimsMSchr. 02 254), oder ob der Inhalt der Bilanz den Vorschriften der Satzung genügt (KG. 17 X 98 JMBl. 99 147), oder ob die in der Bilanz angegebenen Werte den vorhandenen entsprechen (KG. 17 III 02 HoldheimsMSchr. 149), oder ob der Inhalt der Gewinn- und Verlustrechnung in Widerspruch steht zu dem Inhalt der Bilanz (dagegen Cohn in HoldheimsMSchr. 02 254). Dagegen hat er zu prüfen, ob das Eingereichte überhaupt eine Bilanz (§ 39 Anm. I c) und eine Gewinn- und Verlustrechnung (§ 260 Anm. V b) ist (KG. 5 III 00 JMBl. 632 KGJ. 20 A 64, OLG. Hamburg 11 X 01 EntschFG. 2 237 KGJ. 23 D 20 OLGRspr. 3 279, KG. 2 IV 02 EntschFG. 3 81 KGJ. 24 A 201 OLGRspr. 4 479). Für die Kosten eines vom Registergericht zur Vorbereitung seiner Prüfung etwa eingeleiteten Ermittelungsverfahrens hat die Partei nicht aufzukommen, außer (FGG. § 138) wenn dies Verfahren zur Festsetzung einer Ordnungsstrafe führt (KG. 28 XI 04 HoldheimsMSchr. 05 56 KGJ. 29 B 10).

V. Revisoren (§§ 266, 267).

§ 266.

Bestellung.

Die Generalversammlung kann mit einfacher Stimmenmehrheit die Bestellung von Revisoren zur Prüfung der Bilanz oder zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung beschließen.

Ist in der Generalversammlung ein Antrag auf Bestellung von Revisoren zur Prüfung eines Vorganges bei der Gründung oder eines nicht länger als zwei Jahre zurückliegenden Vorganges bei der Geschäftsführung abgelehnt worden, so können auf Antrag von Aktionären, deren Antheile zusammen den zehnten Theil des Grundkapitals erreichen, Revisoren durch das Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, ernannt werden.

Dem Antrag ist nur stattzugeben, wenn glaubhaft gemacht wird, daß bei dem Vorgang Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags stattgefunden haben. Die Antragsteller haben die Aktien bis zur Entscheidung über den Antrag zu hinterlegen und glaubhaft zu machen, daß sie seit

mindestens sechs Monaten, von der Generalversammlung zurückgerechnet, Besitzer der Aktien sind.

Vor der Ernennung sind der Vorstand und der Aufsichtsrath zu hören. Die Ernennung kann auf Verlangen von einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden.

ADH. Art. 222a Abs. 1, 2, 239a Abs. 1. **Entw. I** § 242. **Entw. II** § 258.

I. **Gegenstand der Prüfung.** Als solcher kann bestimmt werden wahlweise oder gleichzeitig:

a. **Die Bilanz** nur im Fall eines Mehrheitsbeschlusses (Abs. 1, RG. 19 VII 01 OLGRspr. 3 84). Unter „Bilanz" ist wohl nur die Jahresbilanz verstanden (§ 260 Anm. II a, § 261 Anm. III). Sowohl der Bilanzentwurf, wie auch eine bereits festgestellte Bilanz (ebenso Pinner Anm. II 3).

b. **Vorgänge bei der Gründung.** Wie weit sie zurückliegen, ist unerheblich. Auch Vorgänge, aus denen alle Ansprüche bereits verjährt sind, können in Betracht kommen, da das Gesetz keine Einschränkung enthält (ebenso Pinner Anm. III 1 b, Staub[8]-Pinner Anm. 2, 8; einschränkend Ring Nr. 4). Die Revision bildet nicht ausschließlich eine Vorbereitung für Geltendmachung von Ansprüchen aus der Gründung; auch zu anderen Zwecken — z. B. behufs Prüfung der Zuverlässigkeit ihrer seit jener Zeit beibehaltenen Vorstandsmitglieder — kann eine Prüfung solcher Vorgänge auch nach Ablauf der Verjährungsfrist noch wünschenswert für die Gesellschaft sein. Der Beschluß muß sich auf bestimmte einzelne Vorgänge beschränken (RG. 19 VII 01 OLGRspr. 3 84, 8 VI 03 OLGRspr. 9 263); den Revisoren darf nicht die Aufgabe gestellt werden, die ganze Gründung nachzuprüfen.

c. **Vorgänge bei der Geschäftsführung.** Für den Fall eines Mehrheitsbeschlusses (Abs. 1) ist unerheblich, wie viel Zeit seit dem Vorgang verflossen ist; für den Fall eines Minderheitsantrags (Abs. 2) kommen nur Vorgänge in Betracht, die nicht länger als zwei Jahre zurückliegen. Aus der Fassung des Abs. 2 ist zu entnehmen, daß die zweijährige Frist von der Ablehnung des Antrags in der Generalversammlung zurückzurechnen ist (ebenso Pinner Anm. III 1 b, Staub[8]-Pinner Anm. 8; dagegen Esser Anm. 4, der den Zeitpunkt des Antrags für maßgebend erachtet). Der Antrag ist dann allerdings unbefristet; dies ist jedoch unbedenklich, da einer mißbräuchlich verspäteten Stellung des Antrags das Gericht nicht stattzugeben braucht (Pinner aaO.). — Auch die Geschäftsführung des Aufsichtsrats kann in Betracht kommen. Auch solche Vorgänge, wegen deren bereits Entlastung erteilt ist (entsprechend Anm. I a und b). Der Beschluß ist auf bestimmte einzelne Vorgänge zu beschränken (oben Anm. I b, RG. 19 VII 01 OLGRspr. 3 84). — Über die Prüfung von Vorgängen bei der Geschäftsführung von Liquidatoren vgl. § 294 Abs. 2, § 298 Abs. 2, D. 150.

II. **Prüfer** sind die zu wählenden (unten Anm. III a) bzw. vom Gericht zu ernennenden (unten (Anm. IV d 3) Revisoren.

a. **Zahl** der Revisoren. Vgl. § 192 Anm. II b. Aus dem Gebrauch der Mehrzahl kann nicht abgeleitet werden, daß mehrere Revisoren bestellt werden müßten (Staub[8]-Pinner Anm. 15; dagegen Esser Anm. 8, Ring Nr. 10, Goldmann Nr. 27). Denn auch „Liquidatoren" ist im Gesetz gebraucht, wo die Möglichkeit nur eines Liquidators nicht ausgeschlossen ist (§ 298 Anm. I a 2). Mindestens für den einen der beiden in § 266 behandelten Fälle (Beschluß der Generalversammlung) lag kein Anlaß vor, eine beschränkende Bestimmung des Inhalts zu treffen, daß nur ein Revisor nicht gewählt werden dürfe. Daher ist auch für den zweiten in § 266 behandelten Fall eine solche Beschränkung nicht als gewollt anzunehmen.

b. **Vertrag mit den Revisoren.** Werden Revisoren durch Beschluß der Generalversammlung bestellt, so ist es Sache der Generalversammlung (§ 250 Anm. IV c 3), mit den Revisoren den Vertrag (Auftrag oder Dienstvertrag) zu schließen und etwaige Abmachungen über Höhe der Vergütung zu treffen. Ein von der Generalversammlung bestellter Aktionär hat nicht die Vermutung für sich, daß er eine Vergütung für seine Tätigkeit erhalten soll (RG. 14 III 94 ZHR. 47 116). Dagegen kann ein von der Generalversammlung bestellter

Nichtaktionär im Zweifel Vergütung fordern (OLG. Hamburg 17 III 91 ZHR. **40** 477). — Werden Revisoren durch das Gericht ernannt, so liegt in dieser Ernennung im Zweifel der Abschluß eines Dienstvertrags seitens des Gerichts namens der Antragsteller (§ 267 Anm. III), inhalts dessen der Ernannte von den Antragstellern Vergütung gemäß BGB. § 612 beanspruchen darf (ähnlich Staub⁸-Pinner § 267 Anm. 2; dagegen Ring Nr. 13, Goldmann Nr. 6). D. 150 bemerkt: „Über die Frage, ob die Revisoren eine Vergütung beanspruchen können, bedarf es keiner besonderen Vorschriften; es muß den Antragstellern überlassen bleiben, ihrerseits eine entsprechende Vereinbarung mit den Revisoren zu treffen." Ein Streit über die Höhe der an die gerichtlich ernannten Liquidatoren zu gewährenden Vergütung kann nicht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern muß durch Rechtsstreit ausgetragen werden (KG. 8 II 04 EntschFG. **4** 145 KGJ. **27** A 224; vgl. § 146 Anm. III a 4).

III. **Mehrheitsbeschluß.**

a. **Tragweite** des Beschlusses. Der § 266 Abs. 1 ist wohl dahin zu verstehen, daß er sich nur auf den Beschluß bezieht, daß überhaupt Revisoren, und zur Prüfung welches Gegenstandes sie bestellt werden sollen, nicht auch darauf, welche Personen zu bestellen sind. Anderenfalls würde wohl die kürzere Fassung gewählt worden sein: „kann . . . Revisoren . . . wählen." Nach derselben Richtung deutet auch, daß in Abs. 4 „Ernennung" (Fassung der Redaktionskommission der Reichstagskommission, statt „Anordnung"; vgl. § 298 Anm. I b 1) nur auf Abs. 2, nicht auch auf Abs. 1 zu beziehen ist. Vgl. auch die entsprechende Unterscheidung in § 268 Abs. 1 und Abs. 2. — Die Generalversammlung kann, nachdem Revision beschlossen ist, bestimmte Personen zu Revisoren wählen oder auch beide Beschlüsse verbinden. Die Wahl der Personen ist aber in § 266 nicht behandelt, sondern folgt allgemeinen (§ 251 Anm. IV) Regeln.

b. **Verfahren.**

1. Ankündigung. Für einen derartigen Beschluß bedarf es nach allgemeiner Regel vorheriger Ankündigung (§ 256). Indessen ist die Ankündigung, daß ein Bilanzentwurf oder eine Entlastung zur Verhandlung stehe, für umfassend genug zu erachten, um auch einen Beschluß über Ernennung von Revisoren — im ersten Fall zur Prüfung des betreffenden Bilanzentwurfs, im zweiten Fall zur Prüfung eines in die betreffende Zeit fallenden Vorgangs bei der Geschäftsführung der zu entlastenden Personen — zuzulassen (ebenso Staub⁸-Pinner Anm. 1, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 1; dagegen Pinner Anm. II 1).
2. „Die Generalversammlung" bezeichnet die Generalversammlung als dauernde Behörde, nicht etwa nur die einzelne zu den Zwecken des § 260 Abs. 1 berufene Generalversammlung.
3. Beschluß. Der Beschluß ist mit einfacher Stimmenmehrheit (§ 251 Anm. I) zu fassen. Die Satzung darf das Erfordernis nicht erschweren (D. 149). Dagegen ist sie — mangels einer dahingehenden Vorschrift — gesetzlich nicht gehindert, ein weitergehendes Minderheitsrecht oder Sonderrecht, die Revision zu verlangen, einzuführen (ebenso Behrend § 127a Anm. 8, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 2; dagegen Pinner Anm. II 2); die Regel des § 251 „soweit nicht durch . . . den Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit oder sonstige Erfordernisse vorgeschrieben sind" hat in diesem Fall auf die Ablehnung des Revisionsantrags Anwendung zu finden; daß (worauf sich Pinner beruft) in § 254 Abs. 1 Satz 2 die Möglichkeit einer Verringerung der Erfordernisse eines Minderheitsverlangens ausdrücklich hervorgehoben ist (was nach diesseitiger Ansicht ohnedies gelten würde, § 254 Anm. I c), erscheint nicht als genügende Grundlage für einen Gegenschluß aus der Nichthervorhebung in § 266. — Für die Wahl der Revisoren, welche dem die Revision anordnenden Beschluß zu folgen hat, ist nicht § 266 Abs. 1 (oben Anm. III a), sondern die allgemeine Regel des § 251 Abs. 2 maßgebend.

IV. **Minderheitsrecht.** Es ist unentziehbar durch Satzungsbestimmung (M. 235).

a. **Sachliche Voraussetzungen** sind

1. Ablehnung eines auf Bestellung von Revisoren (oben Anm. III a) gerichteten Antrags in der Generalversammlung. Jener Antrag muß einen nach Abs. 1 zulässigen Inhalt

gehabt haben (RG. 19 VII 01 OLGRspr. 3 84). Der Ablehnung steht jede Nichtannahme gleich (Pinner Anm. III 1 a); ebenso das Nichtzustandekommen einer Wahl bestimmter Personen zu Revisoren.

2. Wahrscheinlichkeit, daß bei dem Vorgang (oben Anm. I b, c) Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung stattgefunden haben. Daß die im Gesetz (§ 266 Abs. 3) verlangte Glaubhaftmachung (CPO. § 294) von Unredlichkeiten oder groben Verletzungen gleichbedeutend sei mit einem Wahrscheinlichmachen derselben, wurde von der Reichstagskommission anerkannt (KB. 92). Verletzung von Gesetz oder Satzung vgl. § 271 Anm. III.

b. **Antragsberechtigt** sind Aktionäre (§ 254 Anm. I a), deren Anteile zusammen ein Zehntel des Grundkapitals (§ 178 Anm. II a) erreichen, und welche glaubhaft machen (CPO. § 294), daß sie seit mindestens sechs Monaten vor der Generalversammlung anteilberechtigt (§ 252 Anm. III b 1) bezüglich der fraglichen („der") Anteile waren. Bei Namenaktien ist, da die Unterstellung des § 223 Abs. 3 sich nicht auf die Frage, wer früher Aktionär war, bezieht (§ 223 Anm. IV d), nicht ferner erforderlich die Glaubhaftmachung, daß der (jetzt im Aktienbuch eingetragene) Antragsteller bereits seit sechs Monaten im Aktienbuch eingetragen gewesen sei (Pinner Anm. III d, Esser Anm. 5, Staub[8]-Pinner Anm. 12, Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 17). — Nicht erfordert ist, daß diese Anteile auch in der Generalversammlung vertreten waren (ebenso OLG. Dresden 17 X 02; anders im Fall des § 269). Noch weniger, daß für dieselben Anteile der Antrag auf Revisorenbestellung in der Generalversammlung gestellt war (Pinner Anm. III 1 a). Liegt die Errichtung der Gesellschaft weniger als sechs Monate vor der fraglichen Generalversammlung, so braucht nur die Anteilberechtigung seit der Errichtung dargetan zu werden (KB. 92). Entsprechend wohl auch in Ansehung erst nachträglich durch Erhöhung des Grundkapitals geschaffener Anteilrechte nur die Anteilberechtigung seit Schaffung des betreffenden Anteilrechts (Ring Nr. 6; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 13). Über die Strafbarkeit mißbräuchlicher Benutzung fremder Anteilrechte vgl. § 318.

c. **Hinterlegungspflicht.** Sie besteht nur für die Zeit „bis zur Entscheidung über den Antrag". Da die Entscheidung der sofortigen Beschwerde unterliegt (FGG. §§ 22, 29 Abs. 2), also binnen bestimmter Fristen unanfechtbar wird, so ist in § 266 Abs. 3 unter „Entscheidung" die rechtskräftige Entscheidung zu verstehen. Zu hinterlegen sind „die Aktien", d. h. die Mitgliedscheine über diejenigen Anteile, für welche der Antrag gestellt wird (oben Anm. IV b), nicht etwa alle Aktien der antragstellenden Aktionäre (vgl. jedoch § 271 Anm. V a 4). Die Hinterlegung ist nicht erforderlich, solange keine Mitgliedscheine ausgegeben sind (§ 255 Anm. III).

d. **Verfahren vor Gericht.** Das Verfahren ist geordnet durch FGG. §§ 145, 146 (abgedruckt hinter HGB. § 16) in Verbindung mit HGB. § 266 Abs. 2—4.

1. Zuständig ist das Registergericht (FGG. § 145) des Sitzes (HGB. § 182 Anm. IV b 2) der Gesellschaft (§ 266 Abs. 2).
2. Zu hören sind Vorstand und Aufsichtsrat (§ 266 Abs. 4), d. h. die Behörden. Unter hören ist nur das Gewähren einer Gelegenheit zur Äußerung zu verstehen.
3. Die Entscheidung über den Antrag erfolgt durch Ernennung bestimmter Personen zu Revisoren behufs Prüfung der zu bezeichnenden Vorgänge. Das etwaige Vorschlagen bestimmter Personen seitens der Antragsteller ist unerheblich (vgl. oben Anm. III a). „Können" (§ 266 Abs. 2) vgl. § 140 Anm. II b; der Antrag darf nicht willkürlich abgelehnt werden, aber wegen besonderer Verhältnisse des Einzelfalls nach freiem Ermessen; so z. B. wenn der Antrag aus unlauteren Beweggründen oder wenn er in mißbräuchlicher Weise verspätet gestellt ist (oben Anm. I c, Pinner Anm. III 2 a).
4. Sicherheitsleistung (§ 272 Anm. IV d) kann (oben zu 3, § 272 Anm. IV b, KB. 92) auf Verlangen (§ 272 Anm. IV a) als Bedingung der Ernennung angeordnet werden (§ 266 Abs. 4). Wofür Sicherheit zu leisten, ist nicht gesagt; gemeint ist wohl auch hier (wie in § 272 Abs. 3 ausdrücklich hinzugefügt) wegen der Nachteile, welche der Gesellschaft drohen. Hierzu gehören die Kosten eines Prozeßbevollmächtigten, dessen sich die Gesellschaftsbehörden bei ihrer Anhörung (oben zu 2) bedienen (Esser Anm. 7). Nicht aus

§ 266 Abs. 4 (wie Esser Anm. 7 annimmt), sondern aus den Vorschriften über die Gerichtskosten ist zu entnehmen, inwieweit das Gericht auch Vorschuß für die Gerichtskosten fordern darf. Sicherheitsleistung für die an die Revisoren zu zahlende Vergütung (oben Anm. II b) kann nicht verlangt werden, da die vom Gericht ernannten Revisoren wegen der Vergütung einen Anspruch weder gegen den Staat (vgl. RG. 43 63) noch gegen die Gesellschaft, sondern nur gegen die Antragsteller (§ 267 Anm. III) haben.

5. Antragsteller ist nicht die Gesellschaft, vertreten durch die Minderheit, sondern sind die antragstellenden Aktionäre für ihre Person (RG. 28 III 03 JW. 244[25]).

§ 267.

Prüfung, Bericht, Kosten. Haftung der Antragsteller.

Der Vorstand hat in den Fällen des § 266 den Revisoren die Einsicht der Bücher und Schriften der Gesellschaft und die Untersuchung des Bestandes der Gesellschaftskasse sowie der Bestände an Werthpapieren und Waaren zu gestatten.

Der Bericht über das Ergebniß der Prüfung ist von den Revisoren unverzüglich dem Handelsregister einzureichen und von dem Vorstande bei der Berufung der nächsten Generalversammlung als Gegenstand der Beschlußfassung anzukündigen. Zum Handelsregister einer Zweigniederlassung findet die Einreichung des Berichts nicht statt.

Im Falle des § 266 Abs. 2 beschließt die Generalversammlung, ob die entstandenen Kosten von der Gesellschaft zu tragen sind. Wird der Antrag auf Ernennung von Revisoren durch das Gericht zurückgewiesen oder erweist er sich nach dem Ergebnisse der Prüfung als unbegründet, so sind die Aktionäre, welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, für einen der Gesellschaft durch den Antrag entstehenden Schaden als Gesammtschuldner haftbar.

ADH. Art. 222a Abs. 3—5 (239a Abs. 1). **Entw. I** § 243. **Entw. II** § 259.

I. **Prüfungsmittel.** Der § 267 Abs. 1 beschränkt nicht die möglichen Prüfungsmittel, sondern hebt nur die wichtigsten Mittel der Prüfung hervor, indem er zugleich den Vorstand verpflichtet, ihre Anwendung zu dulden. Diese Pflicht ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§ 319 Abs. 1). Einsicht der Bücher und Schriften der Gesellschaft vgl. § 118 Anm. II c, § 246 Anm. III a 1 δ. Untersuchung der Bestände an Wertpapieren und Waren vgl. § 246 Anm. III a 1 ε. Einzelne Aktionäre haben kein Recht, der Einsichtnahme und Untersuchung beizuwohnen (M. 165).

II. **Bericht.** Der Bericht ist schriftlich (eigenhändig unterzeichnet, BGB. § 126) zu erstatten. Da jeder einzelne Revisor für seine Prüfung selbständig verantwortlich ist, so kann, soweit keine Einigung zustande kommt, jeder einen eigenen Bericht erstatten (vgl. § 193 Anm. III). Die Revisoren haben den Bericht unverzüglich (= ohne schuldhaftes Zögern, BGB. § 121) zum Handelsregister des Sitzes der AG. (§ 182 Anm. IV b 2, vgl. § 201 Anm. II) einzureichen. Der Gesellschaft braucht der Bericht nicht eingereicht zu werden (Goldmann Nr. 12; dagegen Ring Nr. 2). Der Vorstand ist verpflichtet, den Bericht als Gegenstand der Tagesordnung (§ 256 Anm. I) bei Berufung der nächsten Generalversammlung anzukündigen. Diese Verpflichtung ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§ 319 Abs. 1). Unabhängig davon ist auch (z. B. bezüglich einer bereits berufenen Generalversammlung) die Durchsetzung einer Ankündigung auf dem Weg des § 254 zulässig (§ 254 Anm. II c). Da § 267 Ankündigung bei Berufung verlangt (vgl. § 256 Anm. II c), so ist wohl anzunehmen, daß gemäß § 267 der Vorstand zur Ankündigung nur verpflichtet ist, wenn er bereits zu der Zeit des Beginns der Berufungshandlungen Kenntnis von der erfolgten Einreichung des Berichts hat; etwaige Mißbräuche können gemäß § 254 unschädlich gemacht werden. Ob die Berichterstattung allein einen Grund zur Berufung einer ohnedies nicht erforderlichen Generalversammlung bildet, ist nach allgemeinen Grundsätzen (§ 253 Anm. II) zu entscheiden.

III. **Kosten.** Beruht die Prüfung auf Mehrheitsbeschluß, so hat die Gesellschaft die Kosten zu tragen. Beruht sie auf Anordnung des Gerichts gemäß Antrag der Minderheit, so sind zunächst die antragstellenden Aktionäre alleinige Kostenschuldner (RG. 28 III 03 JW. 244[25]). Demnächst jedoch hat die Generalversammlung zu beschließen, ob „die entstandenen Kosten von der Gesellschaft zu tragen sind", d. h. wohl nur (§ 254 Anm. V; dagegen herrschende Meinung), ob die Gesellschaft freiwillig die Tragung der Kosten übernehmen will. Zu den Kosten gehört eine etwaige (§ 266 Anm. IIb) den Revisoren zukommende Vergütung (D. 150).

IV. **Haftung böslich handelnder Antragsteller.** Vgl. § 273 Anm. IV, § 269 Anm. VI. Die Haftung tritt nur im Fall eines Minderheitsantrags an das Gericht ein, nicht auch im Fall eines Mehrheitsbeschlusses. Bösliche Handlungsweise vgl. § 202 Anm. IIb 1.

VI. Geltendmachung von Ansprüchen aus Gründung oder Geschäftsführung (§§ 268—270).

§ 268.

Beschluß, Minderheitsrecht, Vertretung im Rechtsstreit.

Die Ansprüche der Gesellschaft aus der Gründung gegen die nach den §§ 202 bis 204, 208 verpflichteten Personen oder aus der Geschäftsführung gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths müssen geltend gemacht werden, wenn es in der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen oder von einer Minderheit, deren Antheile den zehnten Theil des Grundkapitals erreichen, verlangt wird.

Zur Führung des Rechtsstreits kann die Generalversammlung besondere Vertreter wählen. Ist die Geltendmachung des Anspruchs von der Minderheit verlangt, so können die von dieser bezeichneten Personen durch das Gericht des Sitzes der Gesellschaft als deren Vertreter zur Führung des Rechtsstreits bestellt werden. Im Uebrigen bewendet es bei den Vorschriften des § 247; diese kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Geltendmachung des Anspruchs von der Minderheit verlangt ist.

ADH. Art. 223 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 (195 Abs. 1). **Entw. I** § 244. **Entw. II** § 260.

I. **Ansprüche der Gesellschaft aus Gründung oder Geschäftsführung.**

a. **Ansprüche der Gesellschaft.** Vgl. § 202 Anm. Ia. Auch Ansprüche aus der Zeit vor 1900 (KG. 12 XI 00 EntschFG. 1 195 KGJ. 21 A 82 OLGRspr. 2 228). — Unter § 268 fallen mithin nicht Ansprüche einzelner; über solche Ansprüche vgl. § 202 Anm. Ib 2, § 241 Anm. III, IV, § 249 Anm. III, IV. Auch nicht — außer soweit auf Geschäftsführung gegründet — die Ansprüche der Gesellschaft, die nicht auf §§ 202—204, 208, sondern auf besonderem Rechtsgrund beruhen (unten zu Ib); über solche Ansprüche vgl. § 202 Anm. Ib 1.

b. **„Aus der Gründung gegen die nach den §§ 202 bis 204, 208 verpflichteten Personen."** Dies ist aufzufassen als abgekürzter Ausdruck für „auf Grund der Bestimmungen der §§ 202—204, 208" (§ 205 Anm. II). Unter § 268 fallen mithin nicht Ansprüche gegen Gründer oder Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats auf Grund anderer Bestimmungen, insbesondere auf Grund besonderer nicht in jenen Paragraphen erwähnter Verträge, wenngleich die betreffenden Ansprüche mit der Gründung zusammenhängen. — Durch die Bezugnahme auf § 208 sind hier zu Ansprüchen aus der Gründung auch Ansprüche aus einer vor Eintragung vereinbarten Nachgründung gezählt.

c. **„Aus der Geschäftsführung gegen die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats."** Auch Ansprüche gegen einzelne dieser Mitglieder sind einbegriffen. Bei Stellung des

Verlangens braucht nicht bereits festgelegt zu werden, gegen welche einzelnen Personen aus dem betreffenden Personenkreis die Klage angestellt werden soll (RG. 12 XI 00 EntschJG. 1 197 KGJ. 21 A 85 OLGRspr. 2 230). Wohl auch dann findet § 268 Anwendung, wenn der in Anspruch zu Nehmende zur Zeit der Generalversammlung nicht mehr Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats ist, falls nur der Anspruch sich auf die frühere Geschäftsführung stützt. — Über Geschäftsführung der Vorstandsmitglieder vgl. § 231 Anm. III, über Geschäftsführung der Aufsichtsratsmitglieder vgl. § 246 Anm. III. Nicht auf die Geschäftsführung gründet sich ein Anspruch wegen Übertretung des Verbots (§ 236) der Sondergeschäften der Vorstandsmitglieder (KB. 73). — Über Ansprüche gegen Liquidatoren vgl. § 294 Abs. 2, § 298 Abs. 2, D. 150.

II. **Geltendmachung.** Hierunter ist namentlich die gerichtliche Geltendmachung verstanden. Dies ergibt sich aus der Gleichstellung der „Geltendmachung" in Abs. 1 mit „Führung des Rechtsstreits" in Abs. 2, ferner auch aus der Vorschrift in § 269 Abs. 1 Satz 1. Die Begrenzung der Vollmacht besonderer Vertreter durch die Worte „zur Führung des Rechtsstreits" ist andererseits wohl enger als beabsichtigt. Ist z. B. ein besonderer Vertreter gewählt oder ernannt, und kommt es noch vor Anstellung eines Rechtsstreits zu einem Vergleich, so wird wohl als beabsichtigt anzunehmen sein, daß — abgesehen von den sonst erforderlichen Zustimmungserklärungen, §§ 205, 270 — der besondere Vertreter, und nicht etwa der Vorstand oder Aufsichtsrat die Vergleichsabschlußerklärung namens der Gesellschaft abzugeben hat. Ebenso ist auch die Geltendmachung des Anspruchs durch die gewöhnlichen Vertreter der Gesellschaft unter Umständen in anderer Weise als durch Klage möglich. Hieraus ist abzuleiten, daß „Geltendmachung" nur in dem Sinn von „nötigenfalls gerichtliche Geltendmachung" gebraucht ist, und daß wohl auch die besonderen Vertreter als ermächtigt zur „Geltendmachung" in diesem Sinn zu erachten sind. — Die Geltendmachung muß erfolgen auch, wenn sie nach Ansicht der Gesellschaftsvertreter sachlich ungerechtfertigt ist, z. B. an einem früheren Entlastungsbeschluß scheitern muß. — Die Verpflichtung zur Geltendmachung ist erzwingbar — abgesehen von der Bestellung besonderer Vertreter — nur durch Schadensersatzklagen gegen die ihre Obliegenheit vernachlässigenden Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat und die besonderen Vertreter.

III. **Mehrheitsbeschluß oder Minderheitsverlangen der Geltendmachung.**

a. **Beschluß.** Vgl. § 266 Anm. III. Über den Ausschluß der Stimmbefugnis desjenigen, gegen welchen der etwa beschlossene Rechtsstreit zu richten wäre, vgl. § 252 Anm. V a, b 4.

b. **Minderheitsverlangen.** Das Verlangen muß in der Generalversammlung gestellt werden. Dennoch ist es kein „Beschluß" (§ 251 Abs. 1: „größere"; dagegen Pinner Anm. III 3 d); es unterliegt daher z. B. nicht der Anfechtung gemäß §§ 271 ff. (§ 271 Anm. II). Man wird jedoch — da anderenfalls die Minderheit freier gestellt wäre als die Mehrheit — die Vorschriften über Beschlußfassungen insoweit entsprechend anwenden müssen, daß auch die Stellung des Minderheitsverlangens nur nach vorheriger Ankündigung der Verhandlung über die Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen (§ 256 Anm. II d zulässig ist (Esser Anm. 1, Pinner Anm. III c); dagegen braucht nicht das Minderheitsverlangen als solches angekündigt zu sein (Goldmann Nr. 6). Die Stellung des Verlangens liegt nicht bereits in dem Antrag auf Fassung eines auf Geltendmachung lautenden Mehrheitsbeschlusses (KG. 2 VII 00 EntschJG. 1 113 KGJ. 20 A 171). Erst recht nicht in einem Stimmen für einen von anderen gestellten Antrag auf Geltendmachung. Vielmehr nur in dem Ausdrücken des Willens, das Verlangen als ein Minderheitsverlangen zu stellen (KG. a. a. O.). Daß dem Stellen des Minderheitsverlangens die Ablehnung eines entsprechenden Antrags durch die Mehrheit vorhergehn, ist nicht gefordert (ebenso Staub-Pinner Anm. 4, Ring Nr. 3; dagegen Behrend § 113 Anm. 9, KG. 2 VII 00 EntschJG. 1 113 KGJ. 20 A 171). — Zweifelhaft ist, wie ein auf Geltendmachung lautender Mehrheitsbeschluß wirkt, der ergeht, nachdem ein Minderheitsverlangen gestellt war. Man wird sich dahin zu entscheiden haben, daß er zunächst einflußlos bleibt. Sonst könnten der Minderheit auf diesem Weg die Rechte aus § 268 Abs. 2 Satz 2, § 269 Abs. 1 Satz 1, § 270 entzogen werden. Nimmt man dies an, so werden aber trotz eines solchen nachträglichen Mehrheits-

beschlusses auch die sämtlichen Vorschriften des § 269 zur Anwendung zu bringen sein. Der Minderheit steht allerdings das Recht zu, von ihrem Verlangen jederzeit zurückzutreten; tut sie dies, so tritt dann der Mehrheitsbeschluß in Wirksamkeit. — Man wird anzunehmen haben, daß jedem einzelnen Aktionär, welcher Mitglied der Minderheit ist, freisteht, seinerseits jederzeit das Verlangen zurückzuziehen; es kommt dann darauf an, ob noch die übrigen Mitglieder der Minderheit ein Zehntel des Grundkapitals vertreten (vgl. § 270). — Über die Folgerung, die sich daraus ergibt, daß in §§ 268—270 die Minderheit auf ein Zehntel des Grundkapitals (§ 178 Anm. II a) festgesetzt ist, in § 205 dagegen auf ein Fünftel des Grundkapitals, vgl. § 205 Anm. IV b. Daß nur diejenigen Aktionäre zur Stellung des Verlangens sachlich berechtigt sind, denen die betreffenden Anteile seit mindestens sechs Monaten zustehen, ergibt sich aus der Vorschrift des § 269 Abs. 2 Halbs. 2. Die Prüfung dieses Umstands ist allerdings an eine spätere Stelle des Verfahrens gelegt (KG. 12 XI 00 EntschFG. 1 197 KGJ. 21 A 86 OLGRspr. 2 231). Über die Strafbarkeit mißbräuchlicher Benutzung fremder Anteilrechte bei Stellung des Verlangens vgl. § 318.

c. **Ist kein Beschluß ergangen und kein Minderheitsverlangen gestellt**, so kommen die allgemeinen Regeln über Verfolgung von Gesellschaftsansprüchen zur Anwendung; diese Ansprüche können daher nach eigenem Ermessen der gewöhnlichen Vertreter der Gesellschaft geltend gemacht werden (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 3, Behrend § 113 Anm. 3, Pinner Anm. II, Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 1; dagegen nach früherem Recht RG. 18 62, vgl. RG. 12 I 01 JW. 142[10]). Nach D. 150 ist, um dies klarzustellen, die jetzige Fassung („müssen“ statt „sind zu erheben“) gewählt; daß die beiden Fassungen an sich einen verschiedenen Sinn haben, ist allerdings nicht anzuerkennen (ebenso Pinner Anm. II, Esser Anm. 1). Auch der Konkursverwalter kann nach eigenem Ermessen, ohne daß ein vorheriger Generalversammlungsbeschluß erforderlich, die Ansprüche geltend machen (Bolze 23 Nr. 581). — Hat die Generalversammlung einen Antrag auf Geltendmachung abgelehnt, so liegt darin nicht schon ein Verbot der Geltendmachung; selbst dann können daher die gewöhnlichen Vertreter nach eigenem Ermessen den Anspruch geltend machen. Erläßt die Generalversammlung ein ausdrückliches Verbot der Geltendmachung, so ist der Vorstand im inneren Verhältnis daran gebunden (§ 235 Abs. 1); der Aufsichtsrat im inneren und äußeren (§ 247 Anm. I a) Verhältnis, da er auch nach gesetzlicher Regel nur ermächtigt ist, die von der Generalversammlung beschlossenen Rechtsstreite zu führen (§ 247 Abs. 1); der Aufsichtsrat ist jedoch durch das Verbot weder nach innen noch nach außen gehindert, wenn es sich im Einzelfall um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats handelt (§ 247 Abs. 2).

IV. **Vertreter im Rechtsstreit.**

a. **Wahl besonderer Vertreter.** Eine solche Wahl kann sowohl im Fall eines Beschlusses wie im Fall eines Minderheitsverlangens auf Geltendmachung erfolgen; nur steht in letzterem Fall der Minderheit das Recht zu, bei dem Gericht die Ernennung der von ihr bezeichneten Person trotz gegenteiliger Mehrheitswahl zu verlangen. Die Wahl der Vertreter fällt mit unter den Gegenstand der Beratung über Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen, bedarf daher keiner besonderen Ankündigung. Dafür, in welcher Weise die Wahl zu erfolgen hat, ist in erster Reihe die Satzung maßgebend (§ 251 Anm. IV). Ist die Wahl erfolgt, so wird hierdurch die Vertretungsbefugnis (im inneren Verhältnis) und Vertretungsmacht (im äußeren Verhältnis; vgl. § 235 Anm. I a) nur in der gleichen Weise beschränkt wie bei einem seitens der Generalversammlung erlassenen Verbot der Geltendmachung (oben Anm. III c). Eine vollständige Aufhebung der Vertretungsmacht der gewöhnlichen Vertreter ist nicht anzunehmen (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 6, Ring Nr. 6, 7, Goldmann Nr. 11); die bezüglich des Vorstands darin liegende Ausnahme von § 235 Abs. 2 hätte besonderer Hervorhebung bedurft; bezüglich des Aufsichtsrats aber spricht gegen eine vollständige Aufhebung seiner Vertretungsmacht die ausdrückliche Verweisung auf § 247 in § 268 Abs. 2 Satz 3, wenngleich anscheinend in D. 151 vorausgesetzt ist, daß diese Verweisung eine geringere Tragweite habe. Über den Fall des gleichzeitigen Auftretens mehrerer Vertretergruppen im Rechtsstreit vgl. § 247 Anm. I c. Über den Umfang der Vertretungsmacht der besonderen Vertreter vgl. oben Anm. II.

b. **Bestellung besonderer Vertreter durch das Gericht.**

1. Nur wenn auf Grund eines Minderheitsverlangens die Geltendmachung erfolgt (oben Anm. III b), darf das Gericht eingreifen.
2. Antragsberechtigt sind diejenigen (RG. 2 VII 00 EntschFG. 1 113 RGJ. 20 A 171) Aktionäre (§ 254 Anm. I a), welche das Minderheitsverlangen gestellt haben. Zu beachten sind alle Anträge, die von einer solchen Zahl jener Aktionäre gestellt werden, daß die Antragsteller ein Zehntel des Grundkapitals vertreten. Wollte man einen gemeinsamen Antrag aller Aktionäre der Minderheit (vgl. § 269 Anm. V) verlangen, so könnte der Minderheit das Recht durch einen Aktionär der Gegenpartei entzogen werden, der sich zu diesem Zweck dem Minderheitsverlangen in der Generalversammlung anschließt, demnächst sich jedoch weigert, bei der Antragstellung mitzuwirken. Daß die Anteilberechtigung der Antragsteller bereits seit sechs Monaten vor der Generalversammlung bestehe (§ 268 Abs. 2 Halbs. 2), ist in diesem Verfahren nicht zu prüfen (RG. 12 XI 00 EntschFG. 1 197 RGJ. 21 A 86 OLGRspr. 2 231). Über die Strafbarkeit mißbräuchlicher Benutzung fremder Anteilrechte vgl. § 318.
3. Das Verfahren ist geordnet durch FGG. §§ 145, 146 (abgedruckt hinter HGB. § 16).
4. Zuständig ist das Registergericht (FGG. § 145) des Sitzes (HGB. § 182 Anm. IV b 2) der Gesellschaft (§ 268 Abs. 2 Satz 2). Das Prozeßgericht ist nicht berechtigt, die Rechtmäßigkeit einer erfolgten Bestellung besonderer Vertreter nachzuprüfen (OLG. Hamburg 5 VI 93 ZHR. 43 326).
5. Die Entscheidung über den Antrag erfolgt durch Ernennung bestimmter Personen. Nur diejenigen Personen (mehrere oder einzelne) dürfen ernannt werden, die von der Minderheit bezeichnet sind. Werden mehrere zulässige Anträge gestellt (oben zu 2) und in ihnen verschiedene Personen bezeichnet, so wird das Gericht frei zu ermessen haben, welche von diesen es ernennen will. Nicht notwendig brauchen die zu ernennenden Personen bereits in der Generalversammlung bezeichnet worden zu sein (RG. 12 XI 00 RGJ. 20 A 85). „Können" vgl. § 140 Anm. II b, § 266 Anm. IV d 3. Keinesfalls darf das mit dem Antrag auf Bestellung besonderer Vertreter befaßte Gericht eine Glaubhaftmachung der sachlichen Begründetheit der zu verfolgenden Ansprüche verlangen (RG. 12 XI 00 RGJ. 20 A 86).
6. Vertretungsmacht der ernannten Vertreter. D. 151 bemerkt: „Es versteht sich von selbst, daß in diesem Fall die von dem Gerichte bestellten Vertreter alle anderen Personen, die an und für sich noch sonst zur Vertretung der Gesellschaft legitimiert sein würden, von dieser Vertretung ausschließen." Dies ist für die Vertretungsbefugnis (im inneren Verhältnis) anzuerkennen. Nicht aber (vgl. auch oben Anm. III c, IV a) für die Vertretungsmacht (im äußeren Verhältnis; vgl. § 235 Anm. I a); denn hierin läge eine Beschränkung für gewisse Geschäfte (§ 235 Abs. 2), und der Dritte würde nicht einmal in der Lage sein, aus dem Handelsregister diese Beschränkung zu ersehen. Über den Fall der Kenntnis des Dritten von der Beschränkung vgl. § 235 Anm. III c 3. — Über den Umfang der Vertretungsmacht der besonderen Vertreter vgl. oben Anm. II. — Während des Konkurses der AG. stehen auch die Rechte der ernannten besonderen Vertreter dem Konkursverwalter zu.
7. Kein Anspruch auf Büchervorlegung. Die Vertreter können — abweichend vom Fall des § 267 Abs. 1 — nicht fordern, daß die AG. ihnen Einsicht in Bücher und Schriften gewähre, außer soweit das Prozeßgericht die Vorlegung gemäß § 45 anordnet (OLG. Dresden 7 VII 03 HoldheimsMSchr. 259).

c. **Werden keine besonderen Vertreter bestellt,** so sind — gleichgültig ob ein Mehrheitsbeschluß oder ein Minderheitsverlangen vorliegt — die gewöhnlichen Vertreter der Gesellschaft verpflichtet, die Geltendmachung (oben Anm. II) zu bewirken. Soweit Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder in Frage stehen, ruht daher diese Verpflichtung auch (§ 247 Anm. I c) auf dem Aufsichtsrat (§ 268 Abs. 2 Satz 3, D. 151). Der in Art. 223 Abs. 3 ADHGB. für entsprechend anwendbar erklärte Art. 195 Abs. 2 ADHGB. bestimmte: „Falls aus irgend einem Grunde die Bestellung von Bevollmächtigten durch Wahl in der Generalversammlung

gehindert wird, kann das Handelsgericht auf Antrag die Bevollmächtigten ernennen." Dies ist als „ohne erhebliche Bedeutung" nicht in das HGB. aufgenommen (D. 151); in solchem Fall werden daher die gewöhnlichen Vertreter der Gesellschaft die Geltendmachung zu übernehmen haben.

§ 269.

Verfahren bei Geltendmachung gemäß Minderheitsverlangen.

Die Geltendmachung eines Anspruchs auf Verlangen der Minderheit muß binnen drei Monaten von dem Tage der Generalversammlung an erfolgen. Der Klage ist das Protokoll der Generalversammlung, soweit es die Geltendmachung des Anspruchs betrifft, in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

Die Minderheit hat eine den zehnten Theil des Grundkapitals der Gesellschaft erreichende Anzahl von Aktien für die Dauer des Rechtsstreits zu hinterlegen; es ist glaubhaft zu machen, daß sich die Aktien seit mindestens sechs Monaten, von der Generalversammlung zurückgerechnet, im Besitze der die Minderheit bildenden Aktionäre befinden.

Dem Beklagten ist auf Verlangen wegen der ihm drohenden Nachtheile von der Minderheit eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zu leisten. Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Festsetzung einer Frist zur Sicherheitsleistung und über die Folgen der Versäumung der Frist finden Anwendung.

Die Minderheit ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Für den Schaden, der dem Beklagten durch eine unbegründete Klage entsteht, haften ihm die Aktionäre, welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, als Gesammtschuldner.

ADH. Art. 223 Abs. 2 Satz 1, 3—9. **Entw. I** § 245. **Entw. II** § 261.

I. **Geltendmachung auf Verlangen der Minderheit.** Nur auf diesen Fall der Geltendmachung beziehen sich alle Bestimmungen des § 269; unerheblich ist hierbei, ob die Geltendmachung durch besondere Vertreter oder durch die gewöhnlichen Vertreter der Gesellschaft erfolgt (anders Rudorff). Geltendmachung vgl. § 268 Anm. II. Auf Verlangen der Minderheit vgl. § 268 Anm. IIIb.

II. **Klageanstellung.**

a. **Klagende Partei** ist die Gesellschaft (vgl. § 269 Abs. 4). Auch wenn besondere Vertreter vom Gericht bestellt sind (RG. 29 II 04 JW. 214[32]). Jeder Aktionär, auch wenn er nicht an der Generalversammlung teilgenommen hat, kann als Nebenintervenient beitreten (§ 210 Anm. IIc, KB. 93).

b. **Frist (§ 269 Abs. 1 Satz 1).** Die Klage ist spätestens binnen drei Monaten von dem Tag der Generalversammlung an (BGB. § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2, 3) zu erheben, falls nicht (§ 268 Anm. II) vorher eine andere Art der Geltendmachung zum Ziel geführt hat. Auch eine Erhebung im Weg der Widerklage ist zulässig. Die Frist des § 269 Abs. 1 Satz 1 hat einerseits die Bedeutung, daß hierdurch die Minderheit gegen eine Verzögerung gesichert werden soll, außerdem aber die weitere Bedeutung, daß die Erhebung der Klage auf Grund des früheren Minderheitsverlangens unzulässig ist, sobald jene Frist verstrichen ist (M. 162, D. 151). Der Richter hat von Amts wegen die Einhaltung der Frist zu prüfen (Behrend § 113 Anm. 12, Staub[8]-Pinner Anm. 1, Goldmann Nr. 5). Auch nach Ablauf der Frist kann jedoch in der Generalversammlung das Minderheitsverlangen wiederholt werden, und dann beginnt das Verfahren von neuem (M. 162, Esser Anm. 1; dagegen

Behrend § 113 Anm. 12, Staub⁸-Pinner Anm. 1, Goldmann Nr. 7, die ein neues Minderheitsverlangen nur zulassen wollen, wenn sein Inhalt ein anderer ist, und Ring Nr. 2 der fordert, daß entweder der Inhalt oder die verlangende Minderheit andere seien.

c. **Beifügung eines Protokollauszugs (§ 269 Abs. 1 Satz 2).** Durch die Beifügung dieses Auszugs wird die Klage als eine auf Verlangen der Minderheit erhobene gekennzeichnet, woraus dann Unterschiede im Verfahren folgen. Aus diesem Grund wird auch wohl nicht anzunehmen sein, daß diese Formvorschrift zu beliebiger Zeit nachgeholt werden kann (a. M. Behrend § 113 Anm. 13, Staub⁸-Pinner Anm. 2, Pinner Anm. III, Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 9); jedenfalls ist dies wohl nicht mehr nach Beginn der ersten mündlichen Verhandlung für zulässig zu erachten. Öffentliche Beglaubigung vgl. PrFGG. Art. 57.

III. **Hinterlegung (§ 269 Abs. 2).**

a. **Hinterlegungspflichtiger** ist die Minderheit, das heißt doch wohl (vgl. § 268 Anm. IV b 2) eine beliebige Anzahl derjenigen Aktionäre, welche das Minderheitsverlangen gestellt haben. Da sie (abgesehen von einer etwaigen Nebenintervention, oben Anm. II a) nicht selbständig im Rechtsstreit auftreten können, so haben sie den Nachweis der erfolgten Hinterlegung dem Vertreter der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, und dieser hat ihn im Rechtsstreit vorzulegen. Die erfolgte Hinterlegung ist von Amts wegen zu prüfen; wird der Nachweis nicht erbracht, so ist auf Antrag die Klage abzuweisen (Pinner Anm. IV 1). Die Hinterlegung ist nicht erforderlich, solange keine Mitgliedscheine ausgegeben sind (§ 255 Anm. III).

b. **Gegenstand** der Hinterlegung sind Mitgliedscheine (§ 179 Anm. IV a 2), deren Gesamtnennbetrag ein Zehntel des Grundkapitals (§ 178 Anm. II a) erreicht. Nicht notwendig alle Mitgliedscheine, für welche der Minderheitsantrag gestellt war (ebenso OLG. Dresden 17 X 02 OLGRspr. 6 508). Andererseits werden — abweichend vom Fall des § 266 (§ 266 Anm. IV b) — nur Mitgliedscheine gezählt, bezüglich deren das Minderheitsverlangen in der Generalversammlung gestellt worden war (OLG. Dresden 17 X 02 OLGRspr. 6 509). Bezüglich der hinterlegten Mitgliedscheine („die Aktien") ist glaubhaft zu machen (CPO. § 294), daß bezüglich der entsprechenden Anteilrechte die „die Minderheit bildenden Aktionäre" seit mindestens sechs Monaten, von der Generalversammlung zurückgerechnet, anteilberechtigt (§ 252 Anm. III b 1, § 266 Anm. IV b) sind. Trotz der von § 266 Abs. 3 abweichenden Fassung ist auch hier gemeint, daß jedes einzelne Anteilrecht demselben Aktionär während der sechs Monate zugestanden haben müsse, daß mithin nicht genüge, wenn es während der sechs Monate nur stets einem der Minderheitsaktionäre zugestanden hat (zust. OLG. Dresden 17 X 02 OLGRspr. 6 512).

IV. **Sicherheitsleistung (§ 269 Abs. 3).**

a. **Verlangen.** Vgl. § 272 Anm. IV a. Der Beklagte steht in keinerlei unmittelbaren Beziehungen zu den Aktionären der Minderheit. Auch paßt § 269 Abs. 3 nur auf ein im Rechtsstreit gestelltes Verlangen (entsprechend § 272 Abs. 3); im Rechtsstreit aber ist die Minderheit nicht vertreten (oben Anm. II a). Das Verlangen kann daher nur an die Gesellschaft gerichtet werden.

b. **„Ist".** Ein Antrag, die Fassung in: „Das Gericht kann anordnen . . . ." zu ändern, wurde abgelehnt (KB. 93). Stellt der Beklagte das Verlangen, so muß daher die Anordnung erfolgen.

c. **Sicherheitspflichtiger** ist die Minderheit. Vgl. oben Anm. III a.

d. **Art und Höhe der Sicherheit.** Vgl. § 272 Anm. IV d. Zu den drohenden Nachteilen werden die Prozeßkosten zu rechnen sein, wenn die Gefahr droht, daß die Gesellschaft im Fall, daß sie den Rechtsstreit verliert, zu ihrer Bezahlung außer Stand ist.

e. **Frist zur Sicherheitsleistung und Folgen der Versäumung.** Vgl. § 272 Anm. IV e. Auch die Fristsetzung kann nur gegenüber der Gesellschaft erfolgen, und die Versäumnisfolgen können nur ihr gegenüber eintreten; der Minderheit — obgleich sie nach dem Gesetz nicht einmal notwendig Kenntnis von dem Verlangen und von der Fristsetzung erhält — bleibt überlassen, die Vertreter der Gesellschaft in den Stand zu setzen, die Versäumnisfolgen abzuwenden (oben Anm. III a).

V. **Kosten des Rechtsstreits (§ 269 Abs. 4).** Die Parteien im Rechtsstreit (Gesellschaft und Beklagter) haften einander für die Kosten. Auch gegenüber Dritten, z. B. der Gerichtskasse, ist die Gesellschaft Kostenschuldnerin (RG. 29 II 04 JW. 214[32]). Im inneren Verhältnis der Gesellschaft zur Minderheit ist jedoch letztere zur Kostentragung verpflichtet. Auch wenn der Rechtsstreit gewonnen wird, die Kosten aber nicht beitreibbar sind. Unter Minderheit sind hier alle Aktionäre zu verstehen, welche das Minderheitsverlangen gestellt haben (anders in § 268 Abs. 2, § 269 Abs. 2, 3; vgl. § 268 Anm. IV b 2, § 269 Anm. III a, IV c), und zwar jeder einzelne bezüglich der Kosten, die bis zur etwaigen Zurückziehung des Verlangens seitens des betreffenden Aktionärs (vgl. § 268 Anm. III b) entstanden sind. Aus der Zusammenfassung aller unter der gemeinsamen Bezeichnung „Minderheit" wird man ableiten können, daß eine Haftung als Gesamtschuldner gemeint ist, mithin die Auslegungsvorschrift des BGB. § 420 nicht Anwendung findet (zust. Staub[7] Anm. 5; dagegen Pinner Anm. IV 3, Ring Nr. 7, Goldmann Nr. 18, Staub[8]-Pinner Anm. 5). Der Minderheit — zumal da sie keinen Einfluß auf den Gang des Rechtsstreits hat — wird die Einrede offen stehen, daß vorwiegend durch Verschulden der Gesellschaft das Entstehen von Kosten oder die Nichtbeitreibbarkeit herbeigeführt worden ist (BGB. 254, Pinner Anm. IV 3, Ring Nr. 7, Goldmann Nr. 18, Staub[8]-Pinner Anm. 5; dagegen Esser Anm. 2, Staub[7] Anm. 5 und wohl auch M. 163; vgl. auch entsprechend anzuwenden BGB. § 162 Abs. 2). — Über die unter Umständen bestehende Verpflichtung der Minderheit, dem Beklagten wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten, vgl. oben Anm. IV d.

VI. **Haftung böslich handelnder Aktionäre** der Minderheit **(§ 269 Abs. 5).** Vgl. § 273 Anm. IV, § 267 Anm. IV. Die Haftung besteht gegenüber dem Beklagten.

§ 270.

Verzicht oder Vergleich nach erfolgtem Minderheitsverlangen.

Bezüglich eines Anspruchs, dessen Geltendmachung die Minderheit auf Grund der Vorschrift des § 268 Abs. 1 verlangt hat, ist ein Verzicht oder ein Vergleich der Gesellschaft nur dann zulässig, wenn von den die Minderheit bildenden Aktionären so viele zustimmen, daß die Aktien der übrigen nicht mehr den zehnten Theil des Grundkapitals darstellen.

ADH. — **Entw. I** § 246. **Entw. II** § 262.

I. **Anspruch, dessen Geltendmachung die Minderheit verlangt hat.**

a. **Anspruch.** Vgl. § 268 Anm. I. Bezüglich der Ansprüche aus der Gründung oder Nachgründung kommt § 205 neben § 270 zur Anwendung.

b. **Verlangen der Minderheit.** Vgl. § 268 Anm. III b. Nur ein „auf Grund der Vorschrift des § 268 Abs. 1" gestelltes Verlangen kommt in Betracht. Unerheblich sind daher insbesondere etwaige vor der Generalversammlung gestellte Anträge (Pinner Anm. II).

II. **Verzicht oder Vergleich.** Vgl. § 205 Anm. I. Unter Verzicht ist auch eine Entlastungserklärung (§ 260 Anm. IV a) begriffen; gerade diese ist der häufigste Fall eines Verzichts auf die Geltendmachung von Ansprüchen aus der Geschäftsführung. Über die Frage, ob auch etwa bestellte besondere Vertreter die Gesellschaft bei Abgabe der Vergleichs- oder Verzichtserklärung zu vertreten ermächtigt sind, vgl. § 268 Anm. II.

III. **Zustimmung von Aktionären der Minderheit.** Nicht alle Aktionäre, welche das Minderheitsverlangen gestellt haben, brauchen zuzustimmen (D. 151), sondern nur so viele, daß die Grundkapitalanteile (§ 179 Anm. III a) der übrigen nicht mehr ein Zehntel des Grundkapitals darstellen. Gezählt werden nur diejenigen Anteilrechte, für welche das Verlangen ursprünglich gestellt worden ist. Die Zustimmung ist an keine bestimmte Form gebunden; insbesondere ist daher nicht erforderlich, daß sie in der Generalversammlung erklärt wird (§ 250 Anm. I d 1, § 276 Anm. IV b 1). — Die Zustimmung ist nicht erforderlich, wenn schon vorher das Minderheitsverlangen unwirksam geworden ist, z. B. wegen fruchtlosen Ab-

laufs der Frist des § 269 Abs. 1 (D. 151, § 269 Anm. II b), oder wegen Zurückziehung des Verlangens seitens so vieler Mitglieder der Minderheit, daß die übrigen nicht mehr ein Zehntel des Grundkapitals vertreten (§ 268 Anm. III b).

VII. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (§§ 271—273).

§ 271.

Anfechtungsberechtigte. Frist.

Ein Beschluß der Generalversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags im Wege der Klage angefochten werden.

Die Klage muß binnen einem Monat erhoben werden.

Zur Anfechtung befugt ist jeder in der Generalversammlung erschienene Aktionär, sofern er gegen den Beschluß Widerspruch zum Protokoll erklärt hat, und jeder nicht erschienene Aktionär, sofern er zu der Generalversammlung unberechtigter Weise nicht zugelassen worden ist oder sofern er die Anfechtung darauf gründet, daß die Berufung der Versammlung oder die Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung nicht gehörig erfolgt sei. Eine Anfechtung, die darauf gegründet wird, daß durch den Beschluß Abschreibungen oder Rücklagen über das nach dem Gesetz oder nach dem Gesellschaftsvertrage statthafte Maß hinaus angeordnet seien, ist nur zulässig, wenn die Antheile des Aktionärs oder der Aktionäre, welche die Anfechtungsklage erheben, den zwanzigsten Theil des Grundkapitals erreichen.

Außerdem ist der Vorstand und, sofern der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft haftbar machen würden, jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Anfechtung befugt.

ADH. Art. 222 (190a Abs. 1). **Entw. I** § 247. **Entw. II** § 263.

I. **Anfechtung im Weg der Klage.**

a. **Anfechtung.** Hierunter ist in §§ 281 ff. nicht (was dem BGB. § 143 entsprechen würde) die einmalige, durch Klageerhebung abzugebende Erklärung zu verstehen, vielmehr das Verfahren in seiner ganzen Dauer. Dies geht klar hervor aus dem Gebrauch des Worts in § 273 Abs. 2. Eine Folgerung hieraus vgl. unten Anm. V a 4.

b. **Im Weg der Klage.** Über die Eigenart der hier genannten Klage ist näher in §§ 271—273 bestimmt. Ausgeschlossen ist nicht, daß gleichzeitig auch eine einstweilige Verfügung erlangt wird, z. B. auf Unzulässigkeit der bevorstehenden Eintragung des angefochtenen Beschlusses (§ 16 Abs. 2, D. 152). — Über die Fälle, in denen trotz Nichtanstellung der Anfechtungsklage der §§ 271 ff. in anderer Weise als in dem Verfahren der §§ 271 ff. die Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit des Beschlusses geltend gemacht werden kann, vgl. § 273 Anm. II. In anderen als den letzterwähnten Fällen (§ 273 Anm. II b) ist neben dem Verfahren

gemäß §§ 271 ff. auch nicht eine Feststellungsklage gemäß CPO. § 256 zulässig (vgl. RG. 8 XI 95 JW. 602 [27]). Über die Frage, inwieweit der Aktionär im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegen die Eintragung des Beschlusses wirken kann, vgl. § 273 Anm. V c. Solange die Frist des § 271 Abs. 2 läuft oder eine angestellte Anfechtungsklage nicht zu ungunsten des Anfechtenden rechtskräftig entschieden ist, kann er selbst in den Fällen, in denen an sich nur das Verfahren gemäß §§ 271 ff. zulässig ist, daneben sich mit allen Mitteln des gewöhnlichen Verfahrens gegen die etwa aus jenen Beschlüssen seitens der Gesellschaft gezogenen Folgerungen verteidigen und zu diesem Zweck auch die Richtigkeit jener Beschlüsse geltend machen. — Eine Anstellung der Anfechtungsklage der §§ 271 ff. im Weg der Widerklage erscheint unzulässig, da § 272 die Vertretung der Gesellschaft für diesen Fall anders ordnet als für sonstige Klagen, und es nicht angängig erscheint, daß in demselben Verfahren eine Partei, soweit die Klage in Betracht kommt, andere Vertreter hat als soweit die Widerklage in Betracht kommt (Pinner Anm. II, Staub[8]-Pinner Anm. 6; dagegen M. 157, Behrend § 123 Anm. 12, Ring Nr. 15, Goldmann Nr. 8). — Die AG. ihrerseits kann auf Feststellung im gewöhnlichen Verfahren klagen (ebenso Ring Nr. 15, Goldmann Nr. 9; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 6), wenn die Voraussetzungen des § 256 CPO. vorliegen; ein Interesse an alsbaldiger Feststellung kann z. B. vorhanden sein, wenn der Aktionär die Beschlüsse für unverbindlich erklärt, und es zweifelhaft ist, ob er sie nur gemäß §§ 271 ff. anfechten, oder ob er auch mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln selbst nach Ablauf der einmonatlichen Frist seinen Standpunkt geltend machen kann.

II. **Gegenstand der Anfechtung** ist der Beschluß einer Generalversammlung. Auch eine Wahl ist ein Beschluß (§ 251 Anm. IV, Bolze 12 Nr. 510, OLG. Hamburg 28 II 91 ZHR. **40** 467). Wenn das Verfahren bei Feststellung des Willens der Versammlung ein so regelloses war, daß es nicht unter den Begriff eines „Beschlusses" fällt, oder wenn die Versammlung, weil bei ihrer Berufung oder ihrem Zusammentreten sehr erhebliche Verstöße gegen das vorgeschriebene Verfahren vorgekommen sind, nicht unter den Begriff einer „Generalversammlung" fällt (unten Anm. V a 3 β), so findet nicht das Verfahren gemäß §§ 271 ff. statt, sondern es sind die gewöhnlichen Rechtsmittel anwendbar (§ 273 Anm. II b 2). Ebensowohl auch, wenn festgestellt werden soll, daß ein von der AG. behaupteter einstimmiger Beschluß aller Aktionäre, welcher den Beschluß einer Generalversammlung ersetzen könnte (§ 253 Anm. III), in Wahrheit nicht vorliege. Über die Frage, ob §§ 271 ff. auch anwendbar auf die vor Entstehung der AG. abgehaltenen Generalversammlungen sind, vgl. § 197 Anm. II b 2. — Auch ein in gesonderter Abstimmung (z. B. der benachteiligten Sondergattungsaktionäre) gefaßter Beschluß ist anfechtbar unter entsprechender Anwendung der §§ 271 ff. (vgl. M. 160). Nicht anfechtbar aber im Verfahren der §§ 271 ff. ist ein Minderheitsverlangen, selbst wenn es in der Generalversammlung gestellt werden muß (ebenso Staub[7] 268 Anm. 4, Ring § 268 Nr. 3, Goldmann § 268 Nr. 7; dagegen OLG. Karlsruhe 15 III 89 ZHR. **43** 325, Pinner § 268 Anm. III 3 d, Staub[8]-Pinner Anm. 4); ein Minderheitsverlangen ist kein Beschluß (§ 268 Anm. III b). — Durch die Anfechtung kann nur Aufhebung des gefaßten Beschlusses erzielt, kein anderer an dessen Stelle gesetzt werden (vgl. OLG. Colmar 26 X 04 OLGRspr. **10** 241).

III. **Anfechtungsgrund** ist Verletzung des Gesetzes oder der Satzung.

a. **Verletzung von Gesetz oder Satzung.** Eine Verletzung des Gesetzes liegt sowohl in einer Verletzung des öffentlichen (= zwingenden) Rechts, wie auch in einer Verletzung eines durch Gesetz geschützten verzichtbaren Sonderrechts (§ 250 Anm. II a; vgl. jedoch unten Anm. V a 1, § 273 Anm. II b 4) oder Gläubigerrechts (§ 250 Anm. III) oder auch der Rechte von Nichtaktionären. Ob die verletzte Vorschrift auf Gesetz oder ob sie auf Satzung (§ 182 Anm. I) beruht, ist unerheblich für die eintretenden Folgen der Anfechtung oder der Nichtanfechtung; Unterscheidungen knüpfen nur daran an, ob die Vorschrift verzichtbar oder unverzichtbar ist (§ 273 Anm. II b 4); auch gesetzliche Vorschriften können aber verzichtbar sein. Auch ein nur auf die Handhabung der Geschäftsordnung (§ 250 Anm. IV a 6) bezüglicher Beschluß kann gemäß §§ 271 ff. angefochten werden (RG. **36** 26, Staub[8]-Pinner § 256 Anm. 29; dagegen Ring § 258 Nr. 1). Eine Verletzung der Gesetzes

liegt auch in der Verletzung eines Minderheits- oder eines Sondergattungsrechts; auch eine solche Verletzung kann mithin durch jeden einzelnen Aktionär geltend gemacht werden. So auch ein Verstoß gegen das Recht (§ 250 Anm. II c 4) auf Nichtbenachteiligung gegenüber anderen Aktionären gleichen Rechts (RG. 38 15). Das Vorliegen einer Verletzung von Gesetz oder Satzung wird an sich nicht dadurch ausgeschlossen, daß die beschlossene Maßregel nützlich für die AG. oder sittlich geboten ist (RG. 3 126, 40 35; vgl. jedoch § 250 Anm. II c 6, IV b 3). Umgekehrt kann die Anfechtung nicht darauf gestützt werden, daß der Beschluß unzweckmäßig sei, daß z. B. ein Entlastungsbeschluß dem Interesse der AG. widerstreite (RG. 3 III 04 HoldheimsMSchr. 04 166). Unter welchen Voraussetzungen wegen einer Verletzung der Bewertungsgrundsätze die Bilanzfeststellung angefochten werden kann, vgl. § 260 Anm. II b. Eine Verletzung der Satzung liegt — abgesehen von dem Fall des Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlusses — auch dann vor, wenn auf den betreffenden, mit der bisherigen Satzung sachlich nicht zu vereinbarenden Beschluß die für eine Satzungsänderung erforderliche Mehrheit sich vereinigt hat, aber der Beschluß äußerlich sich nicht als Satzungsänderungsbeschluß darstellt (§ 274 Anm. I c). — Über Anfechtung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses vgl. § 260 Anm. II b. Über den Fall einer Verletzung der Vorschriften des § 260 Abs. 2 vgl. § 260 Anm. V d. Über Beschlüsse, die eine Schenkung enthalten, vgl. § 250 Anm. IV b 3. Über Mängel der Berufung vgl. unten Anm. V a 3 β. Über Zulassung zur Abstimmung trotz Nichteinhaltung der Anmeldefrist vgl. § 255 Anm. IV b. – Da nach § 273 das Ergebnis des Anfechtungsverfahrens eine Nichtigerklärung sein soll, so wird man schließen müssen, daß in § 271 nicht Verletzungen solcher Vorschriften gemeint sein können, die durch Gebrauch des Worts „soll" nur als Ordnungsvorschriften gekennzeichnet sind (KGJ. 12 28; vgl. z. B. § 274 Abs. 2, § 278 Abs. 1 Satz 1; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 3, Ring Nr. 3).

b. **Einflußlosigkeit der Verletzung** auf das Zustandekommen des Beschlusses. Zulässig ist die Einrede, daß die vorgekommene Verletzung des Gesetzes oder der Satzung einflußlos auf das Zustandekommen des Beschlusses geblieben sei (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 4; dagegen Ring Nr. 3; dahingestellt RG. 44 10). So, wenn einzelne Mitstimmende kein Stimmrecht hatten, aber auch bei Abrechnung der von ihnen abgegebenen Stimmen eine Mehrheit für den Beschluß vorhanden war (RG. 15 XI 93 bei Bolze 17 Nr. 531 und in JW. 94 20[31], RG. 9 I 97 HoldheimsMSchr. 121, OLG. Rostock 23 VI 04 EntschFG. 4 215 KGJ. 28 A 312; dagegen Rehm § 183 VII A). Oder, wenn auch im Fall des Mitstimmens eines Aktionärs, dem das Stimmrecht verweigert ist, bei Zugrundlegung des tatsächlichen Abstimmungsergebnisses eine Mehrheit gegen ihn vorhanden gewesen wäre und (RG. 20 XII 02 HoldheimsMSchr. 03 99) auch nicht anzunehmen ist, daß durch seine Teilnahme andere Mitstimmende in seinem Sinn beeinflußt worden wären. Oder, wenn die Berufung in äußerlich genügender Form, aber ohne die nach der Satzung notwendige vorherige Genehmigung anderer Personen erfolgt war (RG. 16 XI 96 bei Bolze 23 Nr. 583 und in JW. 97 12[33]). Der Nachweis des Zusammenhangs zwischen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung und dem Zustandekommen des Beschlusses gehört indessen nicht schon zur Begründung der Klage (RG. 36 26, OLG. Köln 22 XII 02 HoldheimsMSchr. 03 216). Hieraus folgt, daß die Einwendung nur durchgreift, wenn die Einflußlosigkeit des Verstoßes sicher, nicht wenn sie nur möglich ist (Pinner Anm. V 1).

IV. **Anfechtungsfrist.** Für die Berechnung der einmonatlichen Frist (§ 271 Abs. 2) ist BGB. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 3 maßgebend. Die Erhebung der Klage (oben Anm. I b) erfolgt durch Zustellung (CPO. § 253) an die Vertreter der Gesellschaft (§ 272 Abs. 1). Die Frist läuft seit dem Beschluß, auch wenn der Anfechtungsberechtigte von diesem keine Kenntnis hat. Ob nach Fristablauf neue Klagegründe in einem vor Fristablauf angestellten Rechtsstreit vorgebracht werden können, vgl. unten Anm. V a 2 γ.

V. **Anfechtungsberechtigte.**

a. **Anfechtung durch einen Aktionär.**

1. **Aktionär.** Vgl. § 211 Anm. I a. Auch der Treuhänder (Strohmann) ist berechtigt zur Anfechtung (RG. 30 51: „Der Einwand, daß der Inhaber nicht Eigentümer der in seinem

Gewahrsam befindlichen Aktien sei, steht der Anfechtungsklage regelmäßig nicht entgegen", RG. 37 111, 40 82; vgl. § 182 Anm. II c, § 252 Anm. II a). Über die gegenüber dem Treuhänder zulässigen Einwendungen aus der Person des Übertragers vgl. § 252 Anm. II a (RG. 40 82: zulässig sei der Einwand, daß „dem Übertragungsakte eine gesetz- oder statutenwidrige Absicht zu grund liegt"). Notwendig ist jedenfalls Anteilberechtigung („Aktienbesitz", § 252 Anm. III b 1) zur Zeit der Beschlußfassung (RG. 37 110); über die Frage, ob diese Anteilberechtigung auch später fortdauern muß, vgl. unten Anm. V a 4. Über schuldhafte Nichteintragung im Aktienbuch vgl. § 223 Anm. IV c. Über die Bestrafung mißbräuchlicher Benutzung eines fremden Anteilrechts zur Ausübung des Anfechtungsrechts vgl. § 318. — Ist Anfechtungsgrund die Verletzung eines Sonderrechts, so ist anfechtungsberechtigter Aktionär nur jeder der Sonderberechtigten (RG. 14 XI 03 JW. 04 45[14]).

2. Der **Erschienene**, sofern er gegen den Beschluß Widerspruch zum Protokoll erklärt hat.

α. In der Generalversammlung erschienen. Wer erschienen ist, muß selbst in denjenigen Fällen, in denen er trotz Nichterscheinens hätte anfechten können (unten zu 3), Widerspruch zu Protokoll erklären, um sein Anfechtungsrecht zu wahren (RG. 10 VI 98 HoldheimsMSchr. 231; vgl. RG. 53 105). Erschienen ist auch, wer sich hat vertreten lassen (Esser Anm. 2, RG. 9 I 97 HoldheimsMSchr. 121 JW. 112[28]). Daß der erschienene Aktionär auch ein Stimmrecht ausüben durfte, ist nicht erforderlich (RG. 9 I 97 a. a. O., vgl. § 252 Anm. V a).

β. Gegen den Beschluß. Ein Widerspruch gegen den Beschluß liegt auch in einem Widerspruch gegen das zu dem Beschluß führende Verfahren. Sollen einzelne Beschlüsse wegen besonderer, nur auf diese bezüglichen Verstöße angefochten werden, so muß gegen diese einzelnen Beschlüsse Widerspruch erklärt sein; dagegen genügt ein allgemeiner Widerspruch, wenn dieselbe Rechtsverletzung auf alle Beschlüsse einwirkt; so z. B. wenn der Widerspruch darauf gegründet wird, daß die Berufung der Versammlung nicht gehörig erfolgt sei (RG. 30 51, RG. 10 VI 98 HoldheimsMSchr. 231 JW. 462[12]), oder daß die Redezeit unzulässig beschränkt sei (RG. 36 26), oder daß dem Aktionär das Stimmrecht ungerechtfertigt entzogen sei (RG. 20 XII 02 HoldheimsMSchr. 03 99).

γ. Widerspruch. Erheblich ist nur, daß Widerspruch erklärt ist. Unerheblich ist daher wann er erklärt ist. Daß er vor der Beschlußfassung erklärt werden müsse, ist nicht bestimmt (OLG. Hamburg 28 II 91 ZHR. 40 467, Bolze 12 Nr. 510). Daher genügt sowohl, wenn er vor der Beschlußfassung (RG. 44 8, 53 292), wie auch, wenn er nach der Beschlußfassung erklärt ist. Letzteres selbst, wenn bereits zu einem anderen Gegenstand der Tagesordnung übergegangen ist (zust. Ring Nr. 9, Goldmann Nr. 18, anscheinend auch Staub[8]-Pinner Anm. 10; dagegen, außer bei zusammenhängenden Gegenständen, RG. 22 161, Esser Anm. 3); das Gesetz enthält keine hierauf bezügliche Beschränkung, und der Vorsitzende würde fast stets durch schnellen Übergang zum nächsten Gegenstand der Tagesordnung einen Widerspruch nach Abstimmung verhindern können, auch braucht der Widerspruchsgrund (z. B. wenn er sich auf Berufungsmängel bezieht; vgl. RG. 44 9) nicht notwendig mit einem einzelnen Gegenstand der Tagesordnung zusammenzuhängen. Nur muß allerdings die Erklärung erfolgen, bevor der Vorsitzende die Versammlung für geschlossen erklärt. Eine Wiederholung des vor der Beschlußfassung erklärten Widerspruchs nach der Beschlußfassung ist nicht erforderlich (RG. 53 293). Unerheblich ist ferner, ob dem Widerspruch eine Begründung beigegeben ist (RG. 12 161, RG. 10 VI 98 HoldheimsMSchr. 231 JW. 462[12], 30 IX 03 JW. 390[22]); daher ist, selbst wenn dies geschehen, der Anfechtende demnächst nicht an sie gebunden, vielmehr bezüglich der von ihm geltend zu machenden Anfechtungsgründe nicht beschränkt (RG. 20 141, Bolze 12 Nr. 510, RG. 30 IX 03 JW. 390[22]). Indessen ist eine nach Ablauf der Frist des § 271 Abs. 2 erfolgende Ergänzung der angestellten Klage durch neue Klagegründe nicht mehr zulässig, selbst wenn die beklagte

AG. der Klageänderung zustimmt (zust. RG. 30 IX 03 JW. 390[22], Staub[8]-Pinner Anm. 9, Goldmann Nr. 13; dagegen Ring Nr. 16). Anders nur, wenn ein Verstoß gegen zwingendes Recht geltend gemacht wird. Einen Verstoß gegen zwingendes Recht hat das Prozeßgericht zu beachten, selbst wenn er nicht als Klagegrund geltend gemacht ist (OLG. Jena 26 X 91 ZHR. 43 324). — Im bloßen Stimmen gegen den Beschluß liegt kein Widerspruch (Pinner Anm. III 1a).

δ. Zu Protokoll. Mit ausdrücklichen Worten braucht dies Verlangen nicht gestellt zu werden. Vielmehr genügt, daß der Aktionär gegenüber der Generalversammlung seine Erklärung in so deutlicher Weise als Rechtsverwahrung abgibt, daß ein gewissenhafter Protokollführer sich kraft seines Amts verpflichtet fühlen muß, die Erklärung in das Protokoll aufzunehmen (RG. 53 293). So ist ausreichend z. B. die ausdrückliche Erklärung, „den Beschluß anfechten zu wollen" (RG. 22 159) oder die Erklärung „ich protestiere gegen den Beschluß, erkenne ihn nicht an und werde mein Recht weiter verfolgen" (RG. 53 293).

ε. Erklärt. Es genügt, daß der Widerspruch zu Protokoll (oben zu δ) erklärt ist. Dagegen ist die Beurkundung des erklärten Widerspruchs kein gesetzliches Erfordernis (RG. 53 293). Ist der Widerspruch gar nicht oder nicht so wie erklärt in das Protokoll aufgenommen, so wird hierdurch nur der Beweis erschwert (CPO. § 415), nicht aber die Wirkung der Erklärung als solcher beeinträchtigt. Auch liegt in der Weigerung, den erklärten Widerspruch in das Protokoll aufzunehmen, ein Verstoß gegen die Geschäftsordnung (§ 250 Anm. IVa 6), der die Anfechtung begründen kann (oben Anm. III).

ζ. Aufhebung des Widerspruchs durch Einwilligung. Der Widerspruch wird entkräftet durch ein mit ihm unvereinbares zustimmendes Verhalten des Aktionärs (vgl. RG. 33 94). So z. B. durch Stimmen für den Beschluß; nicht schon durch Enthalten bei Abstimmung. So ferner durch Beteiligung bei Ausführung des Beschlusses, es sei denn, daß diese Beteiligung nur unter Vorbehalt erfolgt, und (RG. 33 93) nach der Art der Ausführungshandlung ein solcher Vorbehalt rechtlich möglich ist. Nicht bereits durch Annahme des festgesetzten Gewinnanteils nach Erhebung von Widerspruch gegen den Verteilungsbeschluß (RG. 23 XI 92 HoldheimsMSchr. 93 47). Soweit eine Zustimmung des Aktionärs zu dem Beschluß (bei oder nach Fassung) nicht anzunehmen ist, geht sein Klagerecht nicht dadurch verloren, daß er bei den dem Beschluß vorhergegangenen Verhandlungen mitgewirkt und dabei den Inhalt des späteren Beschlusses genehmigt hat (OLG. Köln 10 IV 91 ZHR. 43 324). In der Teilnahme an einer Versammlung, deren Vorbereitung (Berufung, Ankündigung usw.) ordnungswidrig war, kann zwar ein Verzicht auf Widerspruch liegen (vgl. § 253 Anm. III, RGSt. 29 384); doch ist dies nicht notwendig; insbesondere ist die Auslegung der Teilnahme als Verzicht ausgeschlossen, wenn Widerspruch ausdrücklich erklärt wird (RG. 10 VI 98 HoldheimsMSchr. 231 JW. 462[12]). Auch wenn die Anfechtungsklage des §§ 271ff. aus diesem Grund ausgeschlossen ist, kann dennoch das Angreifen des Beschlusses mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln zulässig bleiben. So namentlich im Fall eines Verstoßes gegen zwingendes Recht (§ 273 Anm. IIb 3). Über den Ausschluß dieser gewöhnlichen Rechtsmittel durch Genehmigung des Beschlusses bei Verletzung eines verzichtbaren Sonderrechts vgl. § 273 Anm. IIb 4.

3. Der **Nichterschienene**, sofern er zur Generalversammlung unberechtigterweise nicht zugelassen worden ist, oder sofern er die Anfechtung darauf gründet, daß die Berufung der Versammlung oder die Ankündigung des Gegenstands der Beschlußfassung nicht gehörig erfolgt sei.

α. Unberechtigte Nichtzulassung. Daß dieser Anfechtungsgrund eines Nichterschienenen genügt, ist jetzt ausdrücklich hinzugefügt (D. 151). Berechtigt zur Teilnahme ist (unter den für die Ausübung des Stimmrechts geltenden Maßgaben, § 252 Anm. I, II, IV) jeder Aktionär, und an dessen Stelle sein gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter. Das Teilnahmerecht darf jedenfalls nicht stärker beschränkt werden als eine Beschränkung des Stimmrechts zulässig ist, da in jeder Beschränkung

des ersteren auch eine Beschränkung des letzteren liegt (Pinner § 252 Anm. II 2). Das Teilnahmerecht besteht jedoch auch, soweit der Betreffende wegen widerstreitenden Interesses von der Ausübung des Stimmrechts ausgeschlossen ist, denn trotz Ausschlusses vom Stimmrecht kann er sich an der Erörterung beteiligen und Anträge bezüglich dieses Gegenstands und anderer Gegenstände stellen (§ 252 Anm. V a). Eine Nichtzulassung liegt auch in der Zurückweisung einer vorgelegten Vollmacht als nicht genügend (RG. **40** 84). Der Nichtzulassung steht — bezüglich der späteren Vorgänge — die Fortweisung unter Ausübung von Zwang oder rechtswidriger Drohung gleich. Nicht notwendig ist, daß die Gesellschaft die Nichtzulassung verschuldet hat. So genügt z. B., daß die Generalversammlung in einem Raum tagt, in welchem einem Dritten das Hausrecht zusteht, und daß der Dritte einem Aktionär den Eintritt untersagt. Über die Frage, ob zur Teilnahme eine vorherige Anmeldung erforderlich ist, vgl. § 255 Anm. IV.

β. Nicht gehörige Berufung. Dies ist dahin einzuschränken, daß mit der Anfechtungsklage der §§ 271 ff. nur die weniger erheblichen Verstöße, z. B. die Nichteinhaltung der zweiwöchentlichen Einberufungsfrist (§ 255 Anm. II d), geltend gemacht werden können, daß dagegen Verstöße, die so erheblich sind, daß die Versammlung nicht mehr unter den Begriff einer Generalversammlung fällt, nicht in diesem Verfahren, dagegen mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln geltend gemacht werden können (oben Anm. II, § 273 Anm. II b 2). Wo die Grenze zu ziehen, ist sehr zweifelhaft. Staub[8]-Pinner § 256 Anm. 9 will unterscheiden, ob die Berufung durch eine unzuständige Behörde, oder ob sie ordnungswidrig durch eine zuständige Behörde erfolgt sei; im ersteren Fall und nur in diesem liege keine Generalversammlung vor. Pinner § 253 Anm. V unterscheidet zwischen einer „überhaupt nicht oder durch offensichtlich unberechtigte Personen berufenen Versammlung" und einer „Versammlung, welche durch eine zwar in concreto nicht berechtigte, aber zu den Organen der Gesellschaft gehörende Person berufen ist." Beiden Unterscheidungen liegt zwar der richtige Gedanke zu grund; in der vorstehenden Fassung sind sie jedoch wohl nicht durchführbar für alle Einzelfälle und würden auch in manchen zu einem unbefriedigenden Ergebnis führen. Als entscheidend kann nur die Erheblichkeit der Abweichung von den bestehenden Vorschriften (§§ 253 ff.) angesehen werden (vgl. auch Ring Nr. 10). Als erheblicher Verstoß ist allerdings anzusehen die Berufung durch offensichtlich unberechtigte Personen. Aber auch z. B. die Berufung durch die zuständige Behörde mittels Bekanntmachung in Winkelblättern, oder die Berufung an einen willkürlich gewählten, schwer zugänglichen Ort. Über die Berufung durch Aktionäre kraft richterlicher Ermächtigung, jedoch ohne Bezugnahme auf diese Ermächtigung, vgl. § 254 Anm. IV d. — Eine unbedeutende Abweichung in der Bezeichnung der Firma bei Berufung der Versammlung, wenn zweifellos bleibt, welche Firma gemeint sei, gibt nicht einmal einen Grund zur Anfechtung gemäß §§ 271 ff. (RG. **34** 113). — Über den Fall der Teilnahme an einer nicht gehörig berufenen Generalversammlung vgl. oben Anm. V a 2 ζ. — Über den Ort, an welchen zu berufen, vgl. § 250 Anm. IV a 4.

γ. Nicht gehörige Ankündigung des Gegenstands der (stattgehabten) Beschlußfassung. Vgl. §§ 256 ff. „Nicht gehörig" = „nicht ordnungsmäßig" in § 256 Abs. 2. Der nicht gehörigen steht die unterlassene Ankündigung gleich (§ 256 Anm. IV).

4. **Notwendige Fortdauer der Eigenschaft als Aktionär.** D. 152 bemerkt bezüglich der Zeit nach Anstellung der Anfechtungsklage: „Selbstverständlich hat nötigenfalls der Kläger seine Legitimation zur Führung des Rechtsstreits darzutun, also nachzuweisen, daß er fortdauernd Aktionär ist." Dies ist wohl in der Tat auch aus dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen, trotzdem die Notwendigkeit der Aktienhinterlegung jetzt fortgefallen ist (§ 272 Anm. IV f). Denn unter „Anfechtung" ist in §§ 271 ff. das dauernde Verfahren verstanden (oben Anm. I a); das „befugt sein zur Anfechtung" muß daher während der ganzen Dauer des Verfahrens bestehen. (Das Gleiche muß dann allerdings auch bezüglich der Anfechtungsbefugnis einzelner Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder ange-

nommen werden; unten Anm. V d). Die Anfechtungsbefugnis ist an jede einzelne Anteilberechtigung geknüpft (vgl. jedoch RG. 33 94). Mithin genügt die Fortdauer der Berechtigung bezüglich eines Anteils, um eine vorhandene Befugnis zur Anfechtung aufrecht zu erhalten; nur müssen mit Beziehung auf diesen selben Anteil die Bedingungen des § 271 Abs. 3 Satz 1 gewahrt sein. Unerheblich ist, ob derselbe Aktionär damals auch bezüglich weiterer Anteile berechtigt war, und ob er auch als Vertreter dieser Anteile Widerspruch zu Protokoll erklärt hat. Die frühere gegenteilige Rechtsprechung (RG. 37 110; dagegen H. Makower[11] Anm. 86 b 2) beruhte nur auf der jetzt fortgefallenen Vorschrift, daß der anfechtende Aktionär „seine Aktien" zu hinterlegen habe, ist mithin für das jetzige Recht nicht zu verwerten (ebenso Staub[9]-Pinner Anm. 13; zust. Ring Nr. 11, Goldmann Nr. 15; dagegen früher Pinner Anm. III c). Schon nach früherem Recht wurde übrigens angenommen (RG. 37 112, RG. 11 VII 96 JW. 436[1]), wenn auch mit nicht haltbarer Begründung), daß der nicht erschienene anfechtende Aktionär, welcher Inhaberurkunden besaß, nur eine Aktie zu hinterlegen brauche.

b. **Anfechtung durch eine Minderheit von Aktionären.** Nicht jeder Anteilberechtigte als solcher, sondern nur eine Minderheit, deren Grundkapitalanteile (§ 179 Anm. III) den zwanzigsten Teil des Grundkapitals erreichen, ist anfechtungsberechtigt, wenn die Gesetz- oder Satzungswidrigkeit, auf welche die Anfechtung gegründet wird, darin besteht, daß der Beschluß eine zu hohe Abschreibung oder Rücklage (vgl. § 237 Anm. II b) anordnet. Für die Anfechtung der Minderheit ist Voraussetzung, daß die sie bildenden Aktionäre erschienen sind und gegen den Beschluß Widerspruch zu Protokoll erklärt haben (KB. 94). Inwieweit die Minderheit ein Recht auf Unterlassung zu hoher Abschreibungen oder Rücklagen hat, vgl. § 213 Anm. II b 1. — Falls durch Rücknahme der Klage seitens einzelner der klagenden Aktionäre, durch Veräußerung von Anteilrechten oder aus anderem Grund der Gesamtnennbetrag der den klagenden Aktionären zustehenden und für die Anfechtung verwertbaren Grundkapitalanteile demnächst unter $^1/_{20}$ des Grundkapitals sinkt, so erlischt hierdurch die Befugnis zur Fortsetzung des Anfechtungsverfahrens (oben Anm. V a 4, vgl. § 270 Anm. III).

c. **Anfechtung durch den Vorstand.** Für die Anfechtung durch den Vorstand als Behörde bestehen nur die Voraussetzungen des § 271 Abs. 1 und 2; sie ist nicht auch abhängig von den Voraussetzungen des § 273 Abs. 3 und auch nicht davon, daß durch Ausführung der beschlossenen Maßregel die Vorstandsmitglieder sich strafbar machen würden. Dem Recht des Vorstands zur Anfechtung steht keine entsprechende Pflicht zur Anfechtung gegenüber (dagegen M. 158, Pinner § 250 Anm. IV, CosackHR. § 116 IV 8 f, Ring Nr. 14, OLG. Jena 26 X 91 HoldheimsMSchr. 93 219). Denn einerseits bindet ihn eine gesetz- oder satzungswidrige Anweisung der Generalversammlung nicht, selbst wenn sie unangefochten bleibt (§ 235 Anm. II, § 241 Anm. II b), und andererseits befreit die Abweisung einer etwa angestellten Anfechtungsklage ihn nicht von der Haftung gegenüber den Gläubigern wegen Ausführung des Beschlusses, da das im Anfechtungsrechtsstreit ergangene, auf Abweisung lautende Urteil nicht Rechtskraft für andere als die Parteien, insbesondere nicht gegenüber den Gläubigern schafft (§ 273 Anm. III, Behrend § 123 Anm. 31, Pinner § 250 Anm. IV; dagegen Mehrheit in KB. 18, Esser Anm. 6). Durch Erhebung der Anfechtungsklage wird daher zwar keine Aussetzung der Ausführung des Beschlusses bedingt (Pinner § 273 Anm. I), aber Vorstand und Aufsichtsrat haben unter eigener Verantwortung zu prüfen, ob sie ihn ausführen bzw. seine Ausführung dulden wollen. Auch auf unterbliebene Anfechtung oder erfolgte Eintragung können sie sich nicht berufen, um sich von der Verantwortlichkeit gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zu befreien (D. 153, § 241 Anm. II b). Während Liquidation sind die Liquidatoren anfechtungsberechtigt (§ 298 Abs. 2). — Ist durch den angefochtenen Beschluß der bisherige Vorstand (oder Liquidator) abgesetzt, so kann die Befugnis des bisherigen Vorstands (oder Liquidators) zur Erhebung der Anfechtungsklage nicht vorweg mit Erfolg beanstandet werden, da die rechtliche Beurteilung in bezug auf die Zulässigkeit der Klage davon ausgehen muß, daß die Anfechtung sachlich begründet sei (RG. 34 113); wird jedoch der Beschluß für sachlich nicht anfechtbar erachtet, so ist damit zugleich dargetan, daß der Kläger nicht an-

fechtungsberechtigt ist (vgl. den umgekehrten Fall in § 272 Anm. I b). — Das Anfechtungsrecht des Vorstands als Behörde wird dadurch nicht berührt, daß seine Mitglieder als Aktionäre in der Generalversammlung zugestimmt haben (OLG. Jena 26 X 91 HoldheimsMSchr. 93 219 ZHR. 43 324; vgl. jedoch oben Anm. V a 2 ζ).

d. **Anfechtung durch einzelne Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats.** Deren Anfechtungsrecht ist neu aufgenommen (D. 152). Auch dieses Anfechtungsrecht ist nicht an die Voraussetzungen des § 271 Abs. 3 geknüpft; es kann daher ausgeübt werden, trotzdem das betreffende Mitglied nicht in der Generalversammlung anwesend war oder nicht Widerspruch zu Protokoll erklärt hat (D. 152). Die Berechtigung zur Anfechtung oder zur Fortführung des anhängigen Verfahrens erlischt durch Ausscheiden des Klägers aus seiner Stellung als Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats (zust. Staub⁸-Pinner Anm. 15, Ring Nr. 14; dagegen Hagen GruchotsBeitr. 42 366). Dies muß notwendig angenommen werden, wenn man (mit der Denkschrift) bei Anfechtung durch Aktionäre auch die Fortdauer der Eigenschaft als Aktionär verlangt (oben Anm. V a 4); denn der Wortlaut des Gesetzes ist für beide Fälle der gleiche. Allerdings ergibt sich dann, daß seitens der Gesellschaft das Verfahren jederzeit durch Widerruf der Bestellung des anfechtenden Mitglieds zum Stillstand gebracht werden kann. Hierin liegt zwar ein Mangel, indessen nichts unbedingt Auszuschließendes, da — wie aus den Voraussetzungen des Anfechtungsrechts der einzelnen Behördenmitglieder ersichtlich — dieses Anfechtungsrecht ihnen mehr wegen ihrer selbst als wegen der Gesellschaft gegeben ist, sie selbst aber ihr Interesse genügend wahren, wenn sie nur bis zum Schluß ihrer Amtsdauer das Verfahren fortführen.

§ 272.

Verfahren bei Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses.

Die Klage ist gegen die Gesellschaft zu richten. Die Gesellschaft wird durch den Vorstand, sofern dieser nicht selbst klagt, und durch den Aufsichtsrath vertreten.

Zuständig für die Klage ist ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat. Die mündliche Verhandlung erfolgt nicht vor dem Ablaufe der im § 271 Abs. 2 bezeichneten Frist. Mehrere Anfechtungsprozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

Das Gericht kann auf Verlangen anordnen, daß der Gesellschaft wegen der ihr drohenden Nachtheile von dem klagenden Aktionär Sicherheit zu leisten ist. Art und Höhe der Sicherheit bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen. Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Festsetzung einer Frist zur Sicherheitsleistung und über die Folgen der Versäumung der Frist finden Anwendung.

Die Erhebung der Klage und der Termin zur mündlichen Verhandlung sind unverzüglich von dem Vorstand in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen.

ADH. Art. 222 (190a Abs. 2—4). **Entw. I** § 248. **Entw. II** § 264.

I. **Beklagte und ihre Vertreter.**

a. **Beklagte** ist die Gesellschaft. Falls die Firma einer Aktiengesellschaft durch den Übergang ihres Vermögens auf eine andere „Gesellschaft oder juristische Person" ohne vorgängige Liquidation erloschen ist, so ist eine Anfechtung des den Übergang betreffenden Beschlusses der Generalversammlung gegen die Rechtsnachfolgerin der aufgelösten Gesellschaft zu richten (§ 308).

b. **Vertreter** der Beklagten.

1. Die vertretenden Behörden. Vertreter der AG. im Rechtsstreit ist jedenfalls der Aufsichtsrat. Ist bei der betreffenden AG. nur ein „Verwaltungsrat" vorhanden (vgl. jedoch § 243 Anm. I), so genügt es nur dann, die Klage gegen diesen zu richten, wenn

er ein Aufsichtsrat im Sinn des Gesetzes ist (abw. RG. 28 48). Neben dem Aufsichtsrat ist außerdem Vertreter der Vorstand, falls nicht dieser selbst klagt. Der letztere Fall liegt nur vor, wenn entweder der Vorstand als Behörde klagt, oder wenn so viele Mitglieder des Vorstands klagen, daß die übrig bleibenden nicht mehr die Vertretungsmacht als Vorstand haben. Sowohl Aufsichtsrat wie Vorstand sind nur als Behörden die Vertreter der Gesellschaft; nicht etwa sind alle einzelnen Mitglieder die Vertreter (Alexander in ZHR. 40 95).

2. Sind Vorstand und Aufsichtsrat Gesamt- oder Einzelvertreter? Die gemeinsame Vertretung durch Vorstand und Aufsichtsrat ist nicht etwa als Gesamtvertretung durch beide Behörden, sondern im Sinn der einer jeden einzelnen Behörde zustehenden Einzelvertretungsmacht zu verstehen (ebenso Alexander ZHR. 40 108; dagegen Pinner Anm. I 1, Ring Nr. 1, Staub[8]-Pinner Anm. 6, 15), denn Zweck der doppelten Vertretung ist ja gerade, daß beide Behörden in der Lage sein sollen, unabhängig voneinander zum Wort zu kommen. Treten für die Gesellschaft in einem Rechtsstreit mehrere Vertreter auf, und geben sie widersprechende Erklärungen ab, so ist ebenso zu verfahren, wie wenn notwendige Streitgenossenschaft vorläge (§ 124 Anm. II c).

3. Wem ist die Klage zuzustellen? Einem beschlußunfähigen Aufsichtsrat kann nicht wirksam zugestellt werden (RG. 4 XI 90 JW. 91 14[37]; vgl. § 243 Anm. II a). Vertreten im Einzelfall sowohl Vorstand wie auch Aufsichtsrat, so muß an jede von beiden Behörden gesondert die Klage zugestellt werden (RG. 14 143). Beide Zustellungen müssen daher noch innerhalb der Frist des § 271 Abs. 2 erfolgen (RG. 5/8 XI 95 JW. 602[37] und bei Bolze 21 Nr. 564, OLG. Rostock 2 XI 80 ZHR. 43 325). Für die Zustellung an jede der beiden Behörden genügt aber die Zustellung an je ein Mitglied (CPO. § 171 Abs. 3; vgl. HGB. § 232 Abs. 1 Satz 3, § 247 Anm. I b; ebenso RG. 2 II 97 HoldheimsMSchr. 165, Pinner Anm. I 8, Staub[8]-Pinner Anm. 14, Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 3; anders Alexander ZHR. 40 105), z. B. für den Aufsichtsrat an dessen Vorsitzenden (OLG. Dresden 17 VI 02 OLGRspr. 5 277). Da Beklagte die Gesellschaft, und für die Zwecke des Anfechtungsrechtsstreits auch der Aufsichtsrat gesetzlicher Vertreter ist (§ 247 Anm. IV), so ist die Zustellung auch an letzteren durch Ersatzzustellung im Geschäftsraum der Gesellschaft (CPO. § 184) zulässig (zust. Ring Nr. 1; dagegen Pinner Anm. I 9). Rudorff verlangt zu Unrecht Zustellung auch an den Vorstand selbst dann, wenn sämtliche Mitglieder des Vorstands klagen.

4. Änderungen in der Zusammensetzung von Vorstand oder Aufsichtsrat. Änderungen in der Zusammensetzung des Aufsichtsrats können dem Kläger nur entgegengesetzt werden, wenn er sie kannte oder kennen mußte (RG. 4 XI 90 JW. 91 14[37]; vgl. § 244). Bei Änderungen in der Zusammensetzung des Vorstands kommen die Regeln des § 15 zur Anwendung (§ 234 Anm. I d; ebenso Ring Nr. 1; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 2, der aber Gutgläubigkeit als Entschuldigungsgrund zuläßt), denn man wird wohl annehmen müssen, daß bei Anwendung des § 15 — anders als bei Anwendung des § 235 (§ 235 Anm. III c 2) — auch der ein Mitgliedsrecht geltend machende Aktionär ein „Dritter" ist (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 2). — Das Reichsgericht (24 X 96 JW. 662[22], 4 I 98 JW. 120[20]) nimmt an, daß wenn durch den anfechtbaren Beschluß ein Wechsel im Vorstand oder Aufsichtsrat herbeigeführt sei, die Klage gegen den Vorstand und Aufsichtsrat in der neuen Zusammensetzung zu richten sei (ebenso Ring Nr. 1), da auch ein anfechtbarer Beschluß über die Mitgliedschaft in Gesellschaftsbehörden so lange gelte, bis er durch Urteil aufgehoben sei (vgl. den umgekehrten Fall in § 271 Anm. V c). Dies ist jedoch — abgesehen von dem durch § 308 geregelten Sonderfall — nur für den Fall zuzugestehen, daß nicht inhaltlich der Beschluß zwingendes Recht verletzt (vgl. § 273 Anm. II b 3). Wird der Vorstand oder Aufsichtsrat durch Ausscheiden von Mitgliedern oder aus anderem Grund vertretungsunfähig, so ist eine Ergänzung nötigenfalls gemäß BGB. § 29 (vgl. HGB. § 231 Anm. II a), CPO. § 57 (abw. Goldmann Nr. 6; gegen ihn Staub[8]-Pinner Anm. 5 herbeizuführen (vgl. KB. 94, § 149 Anm. IV b); die Ansicht (RG. 33 92), daß bei einem nach Rechtshängigkeit eintretenden Ablauf der Amtsdauer der bisherigen und Nichtbestellung

neuer Vertreter die früheren fortdauernd für den Anfechtungsrechtsstreit vertretungsermächtigt seien, ist nicht zu billigen.

5. Darf Vorstand und Aufsichtsrat je einen besonderen Prozeßbevollmächtigten bestellen? Ob die Bestellung je eines besonderen Prozeßbevollmächtigten für Vorstand und für Aufsichtsrat notwendig zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung ist (CPO. § 91), ist nach Lage des Einzelfalls verschieden zu beurteilen. Sie kann notwendig sein, wenn die beiden Behörden in verschiedener Weise interessiert sind (vgl. RG. **14** 143; dagegen Pinner Anm. I 10, Staub[8]-Pinner Anm. 15, Goldmann Nr. 7, die stets nur die Kosten eines Prozeßbevollmächtigten für erstattungsfähig halten). Zwar ist richtig, daß beide Behörden nur als Vertreter der einen Gesellschaft auftreten; aber die doppelte Vertretung ist angeordnet, gerade um zu verhindern, daß ein etwaiges Sonderinteresse einer einzelnen Vertretergruppe in der Lage ist, auf die Art der Vertretung einzuwirken (oben zu 2).

II. **Zuständiges Gericht** ist ausschließlich das Landgericht des Sitzes (§ 182 Anm. IVb 2) der Gesellschaft. Die Handelskammer ist wohl trotz des beschränkten Wortlauts des § 101 Nr. 3a GVG. selbst dann zuständig, wenn der Aufsichtsrat oder Mitglieder des Aufsichtsrats klagen. Die Revision findet ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstands statt (CPO. § 547 Nr. 2).

III. **Verbindung mehrerer Anfechtungsprozesse ist zwingend vorgeschrieben.** Der § 300 Abs. 2 CPO., wonach ein Endurteil erlassen werden soll, wenn von mehreren zum Zweck gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbundenen Rechtsstreiten nur der eine zur Endentscheidung reif ist, kann wohl auf den Fall des § 272 HGB. nicht Anwendung finden (vgl. jedoch M. 158), denn er setzt stillschweigend den gewöhnlichen Fall (CPO. § 147) voraus, daß die Verbindung in das freie Ermessen des Gerichts gestellt ist. Um die Möglichkeit einer Verbindung in allen Fällen zu sichern, ist vorgeschrieben, daß die mündliche Verhandlung nicht vor Ablauf der Frist, in welcher überhaupt Anfechtungsklagen erhoben werden können (§ 271 Abs. 2), zu erfolgen hat. Die mehreren Kläger sind notwendige Streitgenossen (CPO. § 62, M. 159), auch wenn die Anfechtungsgründe verschieden sind (ebenso Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 13, wohl auch Staub[8]-Pinner Anm. 9; dagegen Staub[7] Anm. 8). Der einzelne Aktionär kann jedem von beiden Teilen als Nebenintervenient beitreten (§ 210 Anm. IIc; ebenso Pinner Anm. II 6); auch dem Kläger jeder Aktionär (M. 159, OLG. Karlsruhe 25 II 05 OLGRspr. **11** 33), nicht bloß — was Esser Anm. 2 annimmt — jeder anfechtungsberechtigte. Über nachträgliche Geltendmachung neuer Klagegründe vgl. § 271 Anm. Va 2γ.

IV. **Sicherheitsleistung.**

a. **Antrag.** Die Anordnung der Sicherheitsleistung kann nur auf Verlangen erfolgen. Der Antrag ist namens der Beklagten zu stellen. Er kann jederzeit während des Verfahrens gestellt werden (ebenso Pinner Anm. II 7; dagegen Esser Anm. 3), auch in der Berufungsinstanz (CPO. § 528 ist nicht anwendbar). Die auf diesen Antrag gestützte Einrede ist nach jetzigem Recht nicht mehr eine „prozeßhindernde" (RG. 16 V 03 JW. 290[4] HoldheimsMSch. **04** 108).

b. **„Kann."** Vgl. § 140 Anm. IIb. Das Verlangen der Sicherheitsleistung ist abzulehnen z. B., wenn die Begründetheit der Anfechtung klar zu Tag liegt (vgl. KB. 92). Nicht jedoch schon, wenn die Begründetheit zweifelhaft ist (OLG. Hamburg 25 III 04 OLGRspr. 8 386).

c. **„Von dem klagenden Aktionär."** Aus diesen Worten ergibt sich, daß die Sicherheitsleistung nicht auch angeordnet werden kann, wenn der Vorstand, oder wenn Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats als solche klagen. Dagegen wird die Anordnung einer Sicherheitsleistung auch dann für zulässig zu erachten sein, wenn eine Minderheit von Aktionären (§ 271 Anm. Vb) klagt.

d. **Art und Höhe der Sicherheit** bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen (§ 272 Abs. 3 Satz 2). Mithin kann die Sicherheit nicht bloß durch Hinterlegung von Geld oder den in BGB. § 234 Abs. 1, 3 für geeignet erklärten Arten von Wertpapieren erfolgen (CPO. § 108), vielmehr in jeder der in BGB. § 232 zugelassenen Weisen, also — insoweit Aktien Wertpapiere in dem Sinn sind, daß an ihnen ein Pfandrecht (BGB. § 233) bestehen kann

(HGB. § 222 Anm. IVa 2) — auch durch Hinterlegung derjenigen Aktien, durch deren Besitz der Kläger seine Anfechtungsberechtigung dartut (RG. 37 113, KB. 92; vgl. RG. 33 432). Die Höhe der Sicherheit ist nach den „drohenden Nachteilen" zu bemessen. Der § 112 Abs. 3 CPO. ist insoweit entsprechend anzuwenden, daß die Beklagte für berechtigt zu erachten ist, die Leistung einer weiteren Sicherheit zu verlangen, wenn sich im Lauf des Rechtsstreits ergibt, daß die geleistete Sicherheit nicht hinreicht. Der § 109 CPO. (betr. Wegfall der Veranlassung für eine Sicherheitsleistung) ist — wegen Gleichheit des Grundes — für entsprechend anwendbar zu erachten (ebenso Staub[7] Anm. 11; dagegen Pinner Anm. II 7, Ring Nr. 4, Staub[8]-Pinner Anm. 12). — Die Sicherheit braucht nicht bestellt zu werden, wenn zweifellos ist, daß kein Anspruch besteht. Durch den abgekürzten Ausdruck „wegen der drohenden Nachteile" in § 272 Abs. 3 sollten nicht die sachlichen Vorschriften über den Umfang der Haftung erweitert werden (Pinner Anm. I 7, Staub[8]-Pinner Anm. 11; dagegen wohl Esser Anm. 3). Indessen ist zu beachten, daß ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß anderen Gesetzesvorschriften nicht notwendig auf den Fall böslicher Handlungsweise, den § 273 Abs. 2 hervorhebt, beschränkt ist (§ 273 Anm. IV).

e. **Frist zur Sicherheitsleistung und Folgen der Versäumung.** Zur Anwendung kommt namentlich CPO. § 113:

> „Das Gericht hat dem Kläger bei Anordnung der Sicherheitsleistung eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Sicherheit zu leisten sei. Nach Ablauf der Frist ist auf Antrag des Beklagten, wenn die Sicherheit bis zur Entscheidung nicht geleistet ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen."

Die Entscheidung über die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung und deren Höhe ist, wie früher (RG. 24 431, 33 432), so auch nach jetzigem Recht, trotzdem das Verlangen auf Sicherheitsleistung jetzt nicht mehr als prozeßhindernde Einrede vorzubringen ist (oben Anm. IV a), durch Zwischenurteil, nicht durch Beschluß zu treffen (CPO. § 303, RG. 16 V 03 JW. 290 [4], HoldheimsMSchr. 04 108; dagegen Ring Nr. 4). Dies Zwischenurteil kann nur gleichzeitig mit dem Endurteil angefochten werden (RG. 16 V 03 HoldheimsMSchr. 04 109). Bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung über den Antrag, die Klage für zurückgenommen zu erklären, kann die versäumte Sicherheitsleistung nachgeholt werden (RG. 24 431). Erscheint Kläger in dem zur Verhandlung nur über diesen Anspruch anberaumten Termin nicht, so ist Versäumniszwischenurteil zu erlassen (CPO. § 347 Abs. 2); war der Termin gleichzeitig zur Verhandlung über die Hauptsache anberaumt, so hat Beklagte die Wahl, ob sie ein Versäumnisurteil „daß die Klage für zurückgenommen erklärt werde" (CPO. § 113) oder ein Versäumnisurteil „daß der Kläger mit der Klage abzuweisen" (CPO. § 330) beantragen will (RG. 24 432).

f. **Nicht vorgeschrieben ist Aktienhinterlegung.** Über die Notwendigkeit, die fortdauernde Anteilberechtigung als Grundlage des Anfechtungsrechts nachzuweisen, vgl. § 271 Anm. V a 4.

V. **Bekanntmachung.**

a. **Bekannt zu machende Tatsachen** sind die Erhebung der Klage und der (erste) Termin zur mündlichen Verhandlung.

b. **Verpflichtet** zur Bekanntmachung ist der Vorstand, gleichgültig, wer die Klage erhebt. Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann durch Ordnungsstrafe erzwungen werden (§ 319 Abs. 1).

c. **In den Gesellschaftsblättern** (§ 182 Anm. IV b 7) hat die Bekanntmachung zu erfolgen.

d. **Unverzüglich** = ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121).

VI. **Wert des Streitgegenstands.** Der Wert richtet sich nach dem Interesse des Klägers, also, wenn ein Aktionär klagt, trotz der Bestimmung in § 273 Abs. 1 Satz 1 nur nach dessen alleinigem Interesse (RG. 24 428, 48 382; vgl. VerZS. RG. 45 404). Dies Interesse wird in der Regel den Kurswert der Anteile des klagenden Aktionärs nicht übersteigen (RG. 48 383), braucht aber nicht notwendig auf den Nennwert (vgl. RG. 24 428) oder Kurswert (so Pinner Anm. I 8) beschränkt zu sein. Eine Wertänderung, welche die Folge des angefochtenen Beschlusses sein würde, ist hierbei nicht zu berücksichtigen (RG. 12 X 92 JW. 461 [3]

In einem Fall, in welchem die Anfechtung gegen einen Beschluß auf Gewährung eines Gewinnanteils an Mitglieder der Gesellschaftsbehörden gerichtet war, wurde angenommen, daß der Wert des Streitgegenstands nur in der durch jenen Beschluß veranlaßten Verringerung des auf die Anteile des Klägers entfallenden Gewinnanteils liege (RG. 6 I 97 HoldheimsMSchr. 97).

VII. **Die in §§ 271, 272 bestimmten Klagevoraussetzungen sind unverzichtbar.** Das Gericht hat daher deren Vorliegen von Amts wegen zu prüfen (OLG. Hamburg 14 I 01 OLGRspr. 2 227).

§ 273.

Nichtigerklärung. Haftung der Kläger.

Soweit der Beschluß durch rechtskräftiges Urtheil für nichtig erklärt ist, wirkt das Urtheil auch für und gegen die Aktionäre, die nicht Partei sind. Das Urtheil ist von dem Vorstand unverzüglich zum Handelsregister einzureichen. War der Beschluß in das Handelsregister eingetragen, so ist auch das Urtheil einzutragen; die Eintragung des Urtheils ist in gleicher Weise wie die des Beschlusses zu veröffentlichen.

Für einen durch unbegründete Anfechtung des Beschlusses der Gesellschaft entstehenden Schaden haften ihr die Kläger, welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, als Gesammtschuldner.

ADH. Art. 222 (190a Abs. 5, 190b). **Entw. I** § 249. **Entw. II** § 265.

I. **Folgen der Nichtigerklärung.** Diese Folgen treten erst ein, wenn das auf Nichtigerklärung lautende Urteil rechtskräftig geworden ist (§ 273 Abs. 1, RG. 24 429; vgl. CPO. § 894).

a. **Wirkung für und gegen die Aktionäre, die nicht Partei sind.** Diese Aktionäre erwerben Rechte nicht bereits durch Anstellung der Anfechtungsklage, sondern erst von neuem mit der Rechtskraft; bis dahin hat der einzelne Kläger unbeschränkte Befugnis, über den Gegenstand des Rechtsstreits zu verfügen (RG. 24 429); er kann z. B. die Klage zurücknehmen oder einen Vergleich schließen. Durch Beseitigung einzelner Klagen wird die Fortführung der übrigen nicht berührt; erfolgt demnächst Nichtigerklärung, so gilt dies auch gegenüber denjenigen Aktionären, welche zurückgenommen oder sich verglichen hatten (unten Anm. III). — Bezüglich der Wirkung der Nichtigerklärung ist mit der Maßgabe, daß statt „angefochten" und „Anfechtung": „nichtig erklärt" und „Nichtigerklärung" zu setzen (§ 271 Anm. I a), anwendbar BGB. § 142:

„Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.

Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen."

Was ein Aktionär in gutem Glauben als Gewinnanteil oder als Zinsen bezogen hat, ist er in keinem Fall zurückzuzahlen verpflichtet (§ 217). Dritte können von einer Nichtigkeit des Beschlusses nur in den Fällen berührt werden, in denen die Generalversammlung Vertretungsmacht hat (§ 250 Anm. IV c); anderenfalls sind sie im Fall einer Ausführungshandlung des Vorstands durch dessen Vertretungsmacht (§ 235 Anm. III) in der Regel gesichert. Übrigens erlangt das auf Nichtigerklärung lautende Urteil gegenüber Dritten weder zu ihren Gunsten noch zu ihren Ungunsten Rechtskraft; nur auf die Aktionäre ist die Wirkung beschränkt. — Gegenüber den Gesellschaftsgläubigern erlangt das Urteil keine Rechtskraft.

b. **Einreichungspflicht.** Die Einreichung hat, da nichts Gegenteiliges bestimmt ist, nicht nur zu dem Handelsregister des Sitzes, sondern auch zu den Registern der nicht am Sitz der Gesellschaft befindlichen Niederlassungen (§ 13 Anm. I c) zu erfolgen (§ 13 Abs. 1). Dies

entspricht der Pflicht, auch die Protokolle der Generalversammlungen zu den Registern aller Niederlassungen einzureichen (§ 259 Abs. 5). Die Einreichung ist durch Ordnungsstrafen zu erzwingen (§ 14).

c. **Eintragung** des Urteils in das Handelsregister ist nur zu bewirken, falls der für nichtig erklärte Beschluß der Generalversammlung eingetragen war. Einzutragen ist nur ein Vermerk des Inhalts, daß der Beschluß durch das zu bezeichnende Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt sei (HGB. § 311 Anm. I b, Bf. Pr. JM. 7 XI 99 § 33). Die Eintragung ist von Amts wegen zu bewirken, sobald die Einreichung erfolgt; ein besonderer Antrag ist hier nicht notwendig. Das Gericht der Zweigniederlassung hat den nach § 13 Abs. 2 erforderlichen Nachweis der vorherigen Eintragung bei dem Gericht des Sitzes von Amts wegen bei letzterem einzuholen; denn da kein Antrag erforderlich ist, so kann auch nicht die Erbringung dieses Nachweises durch Ordnungsstrafe erzwungen werden.

d. **Bekanntmachung.** Die Bekanntmachung der Eintragung des Urteils hat in gleicher Weise wie die Bekanntmachung des für nichtig erklärten Beschlusses zu erfolgen (§ 273 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2). Mit den Worten „in gleicher Weise wie die des Beschlusses" soll wohl kein von der Regel des § 10 abweichender Sinn verbunden sein (zust. Ring Nr. 4). Denn wenn ein Beschluß überhaupt eingetragen ist, so wird diese Eintragung stets ihrem ganzen Inhalt nach veröffentlicht (§§ 277 Abs. 2, 199 Abs. 1, 201 Abs. 4); eine auszugsweise Veröffentlichung kommt nur vor in Fällen, in denen der Beschluß garnicht eingetragen ist, für letzteren Fall ist aber eine Veröffentlichung des Urteils überhaupt nicht, auch nicht auszugsweise vorgeschrieben. Zu prüfen ist nur, ob das Urteil eingetragen werden muß; ist es aber eingetragen, so ist stets die Eintragung ihrem ganzen Inhalt nach zu veröffentlichen.

II. **Folgen der Nichterhebung einer Anfechtungsklage** binnen der vorgeschriebenen Zeit.

a. **Grundsatz.** Aus der Bestimmung des § 271 Abs. 2, daß die Klage binnen eines Monats erhoben werden müsse, ist abzuleiten, daß später nicht mehr im Weg der Klage die Nichtigerklärung des Beschlusses mit Wirkung für und gegen alle Aktionäre gefordert werden kann. Man wird aber mit Rücksicht auf den Zweck (M. 156 ff.) der Bestimmungen in §§ 271 ff. — wenn auch ohne sicheren Anhalt im Wortlaut des Gesetzes — noch weiter anzunehmen haben, daß bei Nichterhebung der Anfechtungsklage künftig seitens eines Aktionärs auch nicht in anderer Weise (z. B. nicht durch Klage mit Wirkung nur unter den Parteien und auch nicht einredeweise) mehr geltend gemacht werden kann, es sei überhaupt kein Beschluß zustande gekommen, insbesondere weil das zu dem Beschluß führende Verfahren ein gesetz- oder satzungsverletzendes gewesen sei; außer (unten Anm. II b 2) wenn der Verstoß ein so erheblicher war, daß der Vorgang nicht mehr unter den Begriff „Beschluß einer Generalversammlung" fällt. — Dagegen ist es nicht angängig, noch weiter zu gehen und anzunehmen, daß durch Nichterhebung einer Anfechtungsklage der Beschluß auch inhaltlich eine Wirkung gewinne, die er von Anfang an selbst dann nicht gehabt hat, wenn er äußerlich ordnungsmäßig zustande gekommen war. Eine dahingehende ausdrückliche Vorschrift ist in §§ 271 ff. nicht enthalten; eine unzweideutige Bestimmung müßte aber gefordert werden, da in ihr eine Ausnahme von BGB. §§ 35, 134 läge. Nur bezüglich zu hoher Abschreibungen oder Rücklagen ist eine Ausnahme zuzugestehen; denn mittels Gegenschluß ist aus § 271 Abs. 3 Satz 2 abzuleiten, daß ein Sonderrecht auf Unterlassung zu hoher Abschreibungen oder Rücklagen überhaupt nicht bestehen soll; ein dahingehendes Gesamtrecht einer Minderheit ist aber nur in der Begrenzung auf eine Ausübung in den Formen der §§ 271 ff. anerkannt. — Über Mängel der Protokollierung vgl. § 259 Anm. III. — Die Gesellschaft kann — gleichgültig ob Anfechtung erfolgt ist oder nicht — den früheren Beschluß durch neuen Generalversammlungsbeschluß wieder aufheben, es sei denn, daß nunmehr der Aufhebungsbeschluß gegen Gesetz oder Satzung verstößt, insbesondere Rechte verletzt, die durch den früheren Beschluß zu Gläubigerrechten geworden sind (RG. 32 95).

b. **Fälle, in denen** trotz Nichterhebung einer Anfechtungsklage die **Nichtigkeit oder**

Unverbindlichkeit des Beschlusses (mit Wirkung unter den Parteien) **geltend gemacht werden kann.** In diesen Fällen kann die Geltendmachung der Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit des Beschlusses mit allen Mitteln des gewöhnlichen Verfahrens erfolgen, durch Klage, Widerklage oder Einrede. Auch eine Feststellungsklage (CPO. § 256) ist in diesen Fällen nicht ausgeschlossen (RG. **17** 16, **41** 98, **47** 148, **48** 103; vgl. **36** 136; vgl. auch § 271 Anm. Ib). Diese Fälle sind folgende:

1. **Gegenpartei der Gesellschaft ist nicht ein Aktionär als solcher** (hierunter ein Aktionär als Sonderberechtigter, § 250 Anm. II, eingeschlossen), vielmehr ein dritter Gläubiger oder Schuldner der Gesellschaft (hierunter ein Aktionär mit Gläubigerrecht, § 250 Anm. III, eingeschlossen). Da dritte Personen nicht die Möglichkeit haben, eine Anfechtungsklage gemäß §§ 271 ff. anzustellen, so kann ihnen aus der Nichtanstellung kein Nachteil erwachsen. Ist dies aber bezüglich Dritter richtig, die nicht Aktionäre oder Mitglieder von Vorstand oder Aufsichtsrat sind, so liegt keine Veranlassung vor, den Dritten, welcher etwa zufällig gleichzeitig Aktionär oder Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats ist, wegen dieser letzteren Eigenschaft schlechter zu stellen, insoweit es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die nicht auf der Mitgliedschaft oder der Eigenschaft als Behördenmitglied beruhen (RG. **17** 16). Mithin kann z. B., da durch den Gewinnverteilungsbeschluß ein Gläubigerrecht des Aktionärs auf Zahlung seines Gewinnanteils entsteht (§ 213 Anm. IIc 3), der Aktionär auf Zahlung klagen, trotzdem er einen späteren Generalversammlungsbeschluß, der unberechtigt die Verteilung jenes früher festgestellten Reingewinns untersagte, nicht gemäß §§ 271 ff. angefochten hat (RG. **37** 65). Entsprechend wurde einem ausgeschiedenen Genossen, der durch einen nach seinem Ausscheiden gefaßten Beschluß der Generalversammlung benachteiligt wurde, das Recht zugesprochen, im gewöhnlichen Verfahren zu klagen (RG. **37** 18). Auch ein kraft Nebenvertrags rübenlieferungspflichtiger Aktionär kann außerhalb des Verfahrens der §§ 271 ff. geltend machen, daß ihm gegenüber ein diesen Nebenvertrag ändernder Generalversammlungsbeschluß unwirksam ist (RG. **48** 107).
2. **Wegen Erheblichkeit der Verstöße im Verfahren fällt der Vorgang nicht unter den Begriff „Beschluß einer Generalversammlung".**

Diese Ausnahme ist unentbehrlich. Denn je rücksichtsloser die Vorschriften über das Verfahren mißachtet werden (insbesondere bezüglich Bekanntmachung der Berufung, Ankündigung und Einhaltung der Tagesordnung), um so mehr wächst die Wahrscheinlichkeit, daß — wegen Unkenntnis der Beteiligten vom Verstoß — eine Anfechtung binnen der einmonatlichen Frist unterbleibt. Wollte man daher in dergleichen Fällen die Möglichkeit, die Nichtigkeit des Verfahrens trotz Ablaufs der einmonatlichen Frist geltend zu machen, ausschließen, so würde man eine Belohnung auf möglichst weitgehende Verstöße setzen.

Nicht zweifellos ist allerdings, wie diese sachlich unentbehrliche Ausnahme mit dem Wortlaut des Gesetzes vereint werden kann. Die Schwierigkeit liegt darin, daß nach § 271 Abs. 3 zur Erhebung der Anfechtungsklage gemäß **§§ 271 ff.** auch derjenige nicht erschienene Aktionär befugt ist, welcher die Anfechtung darauf gründet, „daß die Berufung der Versammlung oder die Ankündigung des Gegenstands der Beschlußfassung nicht gehörig erfolgt sei". Man könnte geneigt sein, hieraus zu schließen, daß ein Verstoß gegen Berufung oder Ankündigung nur gemäß §§ 271 ff. geltend gemacht werden könne, und man könnte daraus, daß das Wort „Versammlung" (nicht „Generalversammlung") gebraucht ist, ableiten wollen, dies sei selbst dann der Fall, wenn der Gegner der Gesellschaft sich auf den Standpunkt stelle, daß die stattgehabte Versammlung gar keine „Generalversammlung" gewesen sei. Der Gebrauch des Worts „Versammlung" ist indessen nur ein zufälliger; während in Art 190a ADH. das Wort „Generalversammlung" gebraucht war, erscheint im Entwurf I zum erstenmal statt dessen die jetzige Fassung, offenbar nur zur Vermeidung der häufigen Wiederholung mit Rücksicht auf die erfolgte Einschiebung der Worte „sofern er zu der Generalversammlung unberechtigter Weise nicht zugelassen worden ist"; in der Denkschrift I heißt es an der entsprechenden Stelle (S. 149) „Verletzung der Vorschriften über

die Berufung der Generalversammlung"; endlich ist im HGB. auch an anderen Stellen (§§ 196 Abs. 2, 254 Abs. 3, 255 Abs. 3) „Versammlung" gleichbedeutend mit „Generalversammlung" gebraucht. Hieraus folgt, daß die angeführten Worte des § 271 Abs. 3 nur auf den Fall zielen, daß trotz der Mängel der Berufung die Versammlung, deren Beschluß angefochten wird, eine „Generalversammlung" ist. Hiermit stimmt § 271 Abs. 1 überein, welcher Bestimmungen nur treffen will für den Fall, daß ein Vorgang angefochten wird, den man immerhin als „Beschluß" einer „Generalversammlung" gelten lassen muß.

Demgemäß ergibt sich, daß wenn überhaupt kein „Beschluß einer Generalversammlung" vorliegt, keine Anfechtung gemäß §§ 271 ff., aber die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig sind, daß dagegen, wenn der Vorgang als „Beschluß einer Generalversammlung" anzusehen ist, jedoch geringere Verstöße im Verfahren vorgekommen sind, eine Anfechtung nur gemäß §§ 271 ff. möglich ist, daher bei Nichtanfechtung innerhalb der einmonatlichen Frist diese geringeren Verstöße geheilt sind (RG. 60 414). Wo allerdings die Grenze zwischen beiden Fällen zu ziehen, ist bei dem Schweigen des Gesetzes sehr zweifelhaft. Hierüber vgl. § 271 Anm. V a 3 β. Ein Beschluß einer Generalversammlung — wenngleich vielleicht ein nach § 271 anfechtbarer — liegt vor, auch wenn einige Nichtmitglieder an der Beschlußfassung teilgenommen haben (OLG. Rostock 23 VI 04 EntschFG. 4 214 KGJ. 28 A 311). Ebenso, wenn nur nicht die erforderliche Mehrheit für den Beschluß gestimmt hat (RG. 60 415).

Beschlüsse der Generalversammlung einer nichtigen AG. sind unverbindlich auch ohne eine gemäß §§ 271 ff. erfolgende Anfechtung (D. 171). Wie Heilung der Nichtigkeit der AG. auf frühere Beschlüsse wirkt, vgl. § 310 Anm. IV.

3. **Der Inhalt des Beschlusses verstößt gegen zwingendes Recht.** Daß in diesem Fall der Beschluß nichtig ist (BGB. § 134), und daß dies zwar auch gemäß §§ 271 ff., aber außerdem sowohl von Aktionären wie auch von Dritten jederzeit mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln geltend gemacht werden kann, ist jetzt allgemein anerkannt (RG. 21 159, 42 82, D. 153). Derartig zwingend sind in der Regel diejenigen Vorschriften, die zur Sicherung der Gläubiger dienen sollen. Aber auch diejenigen, die zur Verhinderung leichtfertigen Aktienerwerbs bestimmt sind (wie z. B. die Festsetzung eines Mindestnennbetrags). Es gibt aber auch zwingende (= unverzichtbare) Sonderrechte der Aktionäre (so namentlich das mit jedem Anteilrecht untrennbar verknüpfte Recht zum Mitstimmen, § 252 Anm. I) und andere zwingende Vorschriften, durch welche doch die Aktionäre vor Übervorteilung geschützt werden sollen (z. B. über beschränkte Amtsdauer des Aufsichtsrats, § 243 Anm. II d, über Vergütungen der Behördenmitglieder, §§ 237, 245, über die Notwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Protokollierung, § 259). Endlich gibt es auch zwingende (= unverzichtbare) Gesamtrechte (Minderheits- und Sondergattungsrechte, § 250 Anm. I a) der Aktionäre. Hiernach ist die bei Erörterung der Folgen der Nichtanfechtung übliche Gegenüberstellung von „öffentlichem Recht" und „Sonderrecht" nicht vollständig durchführbar. — Ein gegen zwingendes Recht verstoßender Beschluß gewinnt auch nicht durch Eintragung in das Handelsregister an Kraft (D. 153; vgl. unten Anm. V d).

4. **Der Inhalt des Beschlusses verstößt gegen ein verzichtbares Sonderrecht.** Über einen Verstoß gegen Gläubigerrechte vgl. oben zu 1. Über einen Verstoß gegen das zum Beschluß führende Verfahren vgl. oben zu 2; auch in einem Verstoß gegen das Verfahren liegt ein Verstoß gegen ein Sonderrecht, nämlich gegen das Recht zur anteiligen Mitwirkung bei Ausübung von Gesamtrechten (§ 250 Anm. II c 5). Hier handelt es sich nicht um jene beiden Fälle, sondern darum, daß der Inhalt eines in ordnungsmäßigem Verfahren zustande gekommenen Beschlusses ein Sonderrecht verletzt. In diesem Fall kann zwar eine Anfechtung gemäß §§ 271 ff. erfolgen (OLG. Naumburg 17 XI 02 OLGRspr. 6 193); außerdem aber kann der einzelne Verletzte mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln geltend machen, daß jener Beschluß seinem Recht nicht entgegenstehe (BGB. § 35, RG. 17 17, 36 136, 37 65, 38 99, 41 98, 47 156, 51 91, 57 157, RG. 14 XI 06 JW. 04 45[14]; dagegen Ring § 271 Nr. 5). Man kann nicht etwa dies darum bestreiten, weil in der Nichtanfechtung eine Genehmigung des Beschlusses liege; denn der Inhalt des

Beschlusses braucht nicht dem Verletzten innerhalb der einmonatlichen Anfechtungsfrist bekannt geworden zu sein, und die Gesellschaft, die das Recht verletzt, kann nicht dem anderen die Pflicht aufbürden, sich in jedem Fall sofort zu erkundigen, ob eine solche Verletzung vorgekommen sei. Die Wirkung des Verstoßes ist im Fall zu 3 nicht die gleiche wie im Fall zu 4. In ersterem Fall ist der Beschluß nichtig, und jeder Dritte kann dies geltend machen; in letzterem Fall ist der Beschluß nicht völlig nichtig (RG. 15 98), sondern nur in der Schwebe, nur der Verletzte kann das Vorhandensein des Mangels geltend machen, und durch dessen ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung wird der Mangel geheilt (RG. 15 98). Besteht für die Genehmigung eine Zeitgrenze (z. B. wenn im Einzelfall die Fortsetzung der AG. über den in der Satzung bestimmten Zeitpunkt hinaus von vorheriger Zustimmung einzelner Aktionäre abhängt), so ist die Genehmigung nur wirksam, wenn sie vor Ablauf jener Zeit erfolgt (vgl. RG. 14 XI 03 JW. 04 45[14]). — Dem Fall eines Verstoßes gegen ein verzichtbares Sonderrecht steht gleich der Fall eines Verstoßes gegen ein verzichtbares Gesamtrecht (Minderheits- oder Sondergattungsrecht, § 250 Anm. I a).

5. **Ein Verstoß gegen die Vorschriften über Protokollierung des Beschlusses ist erfolgt.** Vgl. § 259 Anm. III.

6. **Die Eintragung eines nur durch Eintragung wirksam werdenden Beschlusses** (§§ 277 Abs. 3, 304 Abs. 4, 306 Abs. 1) **ist noch nicht erfolgt.** In diesem Fall kann bis zur Eintragung die aus der Nichteintragung des Beschlusses sich ergebende Unverbindlichkeit mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln geltend gemacht werden. Über die Frage, ob nach demnächstiger Eintragung die Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit in den vorstehend zu 1—4 genannten Fällen geltend gemacht werden kann, vgl. unten Anm. V d.

III. **Erledigung einer angestellten Anfechtungsklage in anderer Weise als durch Nichtigerklärung des Beschlusses.** Wird eine angestellte Anfechtungsklage (§§ 271 ff.) demnächst zurückgenommen oder (z. B. mangels Sicherstellung) für zurückgenommen erklärt oder rechtskräftig abgewiesen, so wirkt dies bezüglich der Gültigkeit des angefochtenen Beschlusses ebenso, wie wenn die Anfechtungsklage überhaupt niemals angestellt worden wäre. Hiernach bleibt die Geltendmachung der Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit des Beschlusses mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln in den oben zu II b angeführten Fällen trotzdem zulässig. Der im früheren Verfahren „erhobene Anspruch" (CPO. § 322) war nur der Anspruch auf Nichtigerklärung mit Wirkung für und gegen alle Aktionäre. Ist dieser rechtskräftig abgewiesen, so bleibt die Frage offen, ob ein Anspruch auf Nichtigerklärung oder Unverbindlichkeitserklärung mit Wirkung unter den Parteien erhoben werden kann, da für diesen zum Teil andere Voraussetzungen bestehen. Dasselbe muß an sich auch im Fall der Beendigung einer gemäß §§ 271 ff. angestellten Anfechtungsklage durch Vergleich gelten. Im Einzelfall kann jedoch in einem solchen Vergleich zugleich ein Verzicht auf Angreifung des Beschlusses mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln liegen; dieser ist dann gültig, insoweit es sich um verzichtbare Rechte handelt (vgl. oben Anm. II b). Sowohl Rechtskraft wie Vergleich unterliegen ferner auch der Änderung durch spätere Nichtigerklärung auf Grund der gemäß §§ 271 ff. angestellten Klage eines anderen Anfechtungsberechtigten (oben Anm. I a): daß nach Rechtskraft (der Abweisung) eine spätere Nichtigerklärung erfolgt, wird allerdings infolge der Notwendigkeit der Klagenverbindung fast nie vorkommen können. — Daß die Abweisung einer gemäß §§ 271 ff. erhobenen Anfechtungsklage jedenfalls nur Recht unter den Parteien schafft, ist anerkannt (RG. 24 429).

IV. **Haftung der Kläger.** Vgl. § 267 Anm. IV, § 269 Anm. VI. Voraussetzung ist die Unbegründetheit der Anfechtung (nicht notwendig eine bereits erfolgte rechtskräftige Abweisung der Anfechtungsklage) und die Böslichkeit (§ 202 Anm. II b 1) der Handlungsweise. Diejenigen Kläger (Aktionäre oder Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats), denen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, haften als Gesamtschuldner (BGB. §§ 421 ff.) auf Schadensersatz (BGB. §§ 249 ff.). Die Haftung besteht nur für einen der Gesellschaft entstehenden Schaden, nicht auch z. B. für einen Kursfall, soweit dieser nur die Aktionäre schädigt (Rudorff). Unter „Anfechtung" ist nicht nur die Erhebung der Klage, sondern das

ganze Verfahren verstanden (§ 271 Anm. I a), denn unter Umständen entsteht zwar nicht durch Erhebung der Klage, sondern erst durch Fortsetzung des Verfahrens ein Schaden, und auch dieser Fall sollte getroffen werden. Nach Staub[8]-Pinner Anm. 8 liegt unbegründete Anfechtung nur vor, wenn die Abweisung als eine „materiell ungerechtfertigte" dargetan wird (ähnlich Pinner Anm. IV; dagegen Behrend § 123 Anm. 22, Goldmann Nr. 17). Es ist nicht erkennbar, ob hier alle in § 271 genannten Voraussetzungen als „materielle" gemeint sind. Nur wenn dies der Fall, ist dem Ausspruch zuzustimmen (zust. Ring Nr. 11). Bei obiger Auslegung des Worts „Anfechtung" folgt schon aus dieser Auslegung die richtige Unterscheidung. Es kommt hiernach nur darauf an, während welchen Zeitraums die Anfechtung eine unbegründete war; sie kann ursprünglich begründet gewesen sein, auch wenn z. B. später infolge Versäumnis ein Abweisungsurteil erging oder mangels Sicherstellung die Klage für zurückgenommen erklärt wurde; eine Haftung besteht dann nur für einen Schaden, der dadurch entstanden ist, daß etwa das Anfechtungsverfahren böslich fortgeführt wurde, nachdem es unbegründet geworden war. — Neben der hier bestimmten Haftung für den Fall, daß die Gesellschaft die Böslichkeit beweist, besteht im Einzelfall möglicherweise auch eine Haftung auf Grund allgemeiner Gesetzesvorschriften (zust. Staub[8]-Pinner Anm. 11; dagegen Ring Nr. 11). In Betracht kommen namentlich die Bestimmungen in Wettbewerbsgesetz §§ 6, 7 und BGB. § 824. Insbesondere die Berufung auf BGB. § 824 kann unter Umständen für die Gesellschaft nützlicher sein als die Berufung auf HGB. § 273 Abs. 2, da BGB. § 824 für den dort behandelten Sonderfall die Beweislast abweichend verteilt.

V. **Einfluß der Anfechtung oder Nichtanfechtung auf das Verfahren vor dem Registergericht.** Vgl. § 195 Anm. I g.

a. **Grundsatz.** Das Registergericht ist selbständiger Wächter der Gesetzlichkeit (Staub[5] 52). Es hat hiernach — soweit eine Eintragung, keine bloße Einreichung in Frage steht (§ 12 Anm. VI b) — einen Verstoß gegen Gesetz oder Satzung zu beachten, selbst soweit die Beteiligten ihn in keiner der in Betracht kommenden Arten des Verfahrens gerügt haben. Dies ist jedoch dahin einzuschränken, daß das Registergericht nicht seinerseits Verstöße geltend machen kann, die von keinem Beteiligten mehr in irgend einem Verfahren geltend gemacht werden können. Anderenfalls würde das Register in Widerspruch zu den bestehenden Rechtsverhältnissen treten. Eine weitere Einschränkung der Selbständigkeit des Registergerichts ergibt sich aus seiner Bindung an Entscheidungen des Prozeßgerichts in manchen Fällen (§ 16 Abs. 2, § 273 Abs. 1). Hieraus, zusammengehalten mit den obigen Ausführungen (Anm. I—III), ergeben sich nachstehende Folgerungen:

b. **Die einzelnen Fälle.**

1. Vor Ablauf der Anfechtungsfrist. Das Registergericht hat selbständig zu prüfen, ob der Beschluß gegen Gesetz oder Satzung verstößt. Erachtet es einen Verstoß für vorliegend, so hat es die Eintragung abzulehnen, auch wenn jener Verstoß nur ein nicht erheblicher gegen das Verfahren war oder eine zu hohe Abschreibung oder Rücklage anordnete (§ 273 Anm. II a). Ob ein Widerspruch zu Protokoll erklärt worden, ist unerheblich (ebenso LG. Weimar ZHR. 42 541; anders Esser § 271 Anm. 5); ebenso, ob eine Anfechtungsklage bereits angestellt ist. Steht jedoch fest — auch nur durch Anzeige an das Registergericht —, daß die Gültigkeit des Beschlusses „streitig" (zwischen den Parteien) ist, so kann das Registergericht gemäß § 127 FGG. die Verfügung aussetzen, bis hierüber im Weg des Rechtsstreits (nicht notwendig der Anfechtungsklage gemäß §§ 271 ff.) entschieden ist (vgl. KG. 28 XI 04 KGJ. 28 A 238); es kann, wenn der Rechtsstreit nicht anhängig ist, einem der Beteiligten eine Frist zur Erhebung der Klage bestimmen. Daneben ist, wer die Verletzung von Gesetz oder Satzung durch den Beschluß behauptet, in der Lage, gemäß § 16 Abs. 2 die Eintragung durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung zu verhindern (D. 152).
2. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist, wenn Anfechtungsklage gemäß §§ 271 ff. angestellt ist, gilt alles zu 1 Gesagte mit der einzigen Ausnahme, daß das Registergericht einen nicht erheblichen und nur das Verfahren betreffenden oder einen in zu hohen Abschreibungen oder Rücklagen bestehenden (oben Anm. II a) Verstoß gegen

Gesetz oder Satzung nur in den Fällen berücksichtigen darf, daß entweder die angestellte Anfechtungsklage auch hierauf gegründet ist, oder (was — abgesehen von bloßen Einreichungen; oben Anm. Va — kaum vorkommen wird) jener Verstoß die Rechte eines Dritten oder das Gläubigerrecht (§ 250 Anm. III) eines Aktionärs verletzt. In allen anderen außer den beiden letzten Fällen kann ein nicht erheblicher Verstoß gegen das Verfahren oder eine zu hohe Abschreibung oder Rücklage von den Beteiligten weder mit der Anfechtungsklage gemäß §§ 271 ff. noch mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln mehr geltend gemacht werden (oben Anm. IIa); infolgedessen (oben Anm. Va) kann auch das Registergericht sich nicht darauf berufen (KGJ. 12 38).

3. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist, wenn Anfechtungsklage gemäß §§ 271 ff. nicht angestellt ist, gilt alles zu 1 Gesagte mit der einzigen Ausnahme, daß das Registergericht einen nicht erheblichen und nur das Verfahren betreffenden (§ 271 Anm. Va 3) oder einen in zu hohen Abschreibungen oder Rücklagen bestehenden (oben Anm. IIa) Verstoß gegen Gesetz oder Satzung nur berücksichtigen darf, wenn (was — abgesehen von bloßen Einreichungen, oben Anm. Va — kaum vorkommen wird) jener Verstoß die Rechte eines Dritten oder das Gläubigerrecht (§ 250 Anm. III) eines Aktionärs verletzt. Mithin kann in sonstigen Fällen das Registergericht die Eintragung z. B. wegen Verletzung eines verzichtbaren Sonderrechts ablehnen (vgl. KGJ. 2 28; dagegen Pinner Anm. V 3), denn dies Sonderrecht kann mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln auch künftig geltend gemacht werden (oben Anm. IIb 4). Anders nur, wenn ein ausdrücklicher Verzicht der Verletzten dem Registergericht nachgewiesen wird. Nach D. 152 sollte die vorstehend bejahend entschiedene Frage über die Zulässigkeit der Ablehnung wegen Verstoß gegen nicht zwingendes Recht, welche „in der Praxis meistens verneint" werde, der Rechtsprechung zur Entscheidung überlassen bleiben.

4. Ist eine angestellte Anfechtungsklage rechtskräftig abgewiesen, so steht dies der Nichtanstellung gleich (oben Anm. III); mithin gilt für diesen Fall das zu 3 Gesagte. D. 152 bemerkt hierzu: „Dagegen erscheint es nicht angängig, anzuordnen, daß auch die rechtskräftige Abweisung der Anfechtungsklage schlechthin für das Registergericht bindend sei, dieses also zur Eintragung des angefochtenen Beschlusses verpflichte. . . . . . Hierdurch würde den Beteiligten, in deren Händen die Prozeßführung liegt, eine zu weit gehende Verfügung über das Handelsregister eingeräumt; es muß vielmehr bei der tatsächlichen Bedeutung bewenden, die ein solches Urteil auch für das Registergericht regelmäßig haben wird."

5. Ist im Verfahren gemäß §§ 271 ff. ein auf Nichtigerklärung lautendes Urteil ergangen, so ist dies — wie mittelbar aus § 273 Abs. 1 folgt — maßgebend auch für das Registergericht. Hieraus ergibt sich, daß wenn die Eintragung des Beschlusses zur Zeit des Urteils noch nicht geschehen war, sie nunmehr nicht mehr erfolgen darf (D. 152).

c. **Beteiligung des Verletzten im Verfahren vor dem Registergericht.** Sie ist für zulässig zu erachten innerhalb der im FGG. gezogenen Grenzen. Mithin ist jedem eine Anregung zum Einschreiten von Amts wegen erlaubt, und jeder, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist, hat ein Beschwerderecht (FGG. § 20). Daß die Zulassung eines solchen Rechtsmittels den §§ 271 ff. HGB. widerstreite, weil nach dem Willen des Gesetzes die Anfechtung das einzige Rechtsmittel sein solle (so Staub[7] Anm. 24), ist nicht zuzugeben (zust. Ring Nr. 10, Staub[8]-Pinner Anm. 26). Nur besteht die sachliche Beschränkung, daß der Anreger oder Beschwerdeführer nach Ablauf der einmonatlichen Anfechtungsfrist des § 271 Abs. 2 nicht mehr mit der Behauptung solcher Verstöße gehört wird, die er dann auch außerhalb eines Verfahrens gemäß §§ 271 ff. nicht mehr geltend machen kann, also (oben Anm. IIa) nicht mehr mit der Behauptung eines nicht erheblichen Verstoßes gegen das Verfahren.

d. **Wirkung der Eintragung in das Handelsregister.** Durch Eintragung in das Handelsregister erlangt ein gegen Gesetz oder Satzung verstoßender Beschluß keine erhöhte Wirksamkeit (vgl. § 15 Anm. IIId 3α; anerkannt im Fall eines Verstoßes gegen zwingende Gesetzesvorschriften in D. 153). So auch in den Fällen, in denen vor Eintragung keines=

falls eine Wirkung eintritt; dies geht aus der verneinenden Fassung der §§ 277 Abs. 3. 304 Abs. 4 hervor (§ 277 Anm. IV); die Eintragung ist in diesen Fällen die notwendige, aber nicht die einzige Voraussetzung für das Eintreten der beabsichtigten Wirkung.

e. **Löschung einer erfolgten Eintragung von Amts wegen.** Hierüber bestimmt FGG. § 144 Abs. 2 FGG. (abgedruckt hinter HGB. § 16). Danach ist eine Löschung von Amts wegen (unter Beobachtung des in FGG. §§ 142, 143 geordneten Verfahrens) nur unter der doppelten Voraussetzung zulässig, daß der Beschluß durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt (vgl. oben Anm. IIb 3) und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint. — Über die Voraussetzungen, unter denen der AG. wegen eines gesetzwidrigen Beschlusses die Rechtsfähigkeit entzogen werden kann, vgl. BGB. § 43 (hinter HGB. § 319), PrAGHGB. Art. 4.

Vierter Titel.

Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

I. Gemeinsame Bestimmungen (§§ 274—277).

§ 274.

Beschluß. Ankündigung der Tagesordnung.

Eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags kann nur durch die Generalversammlung beschlossen werden. Die Vornahme von Aenderungen, die nur die Fassung betreffen, kann durch Beschluß der Generalversammlung dem Aufsichtsrath übertragen werden.

In der nach § 256 Abs. 1, 2 zu bewirkenden Ankündigung soll die beabsichtigte Aenderung des Gesellschaftsvertrags nach ihrem wesentlichen Inhalt erkennbar gemacht werden.

ADH. Art. 215 Abs. 1. **Entw. I** § 251 Abs. 1. **Entw. II** § 266.

I. **Änderungsbeschluß.**

a. **Nur die Generalversammlung** kann eine Änderung der Satzung beschließen. Eine Übertragung an andere Gesellschaftsbehörden ist in der Regel ausgeschlossen (§ 250 Anm. IVb 1; über den Ausnahmefall einer bloßen Fassungsänderung vgl. unten Anm. II. So ist z. B. ausgeschlossen die Ermächtigung des Vorstands zur Vornahme einer sachlichen Änderung (KGJ. 15 19) oder zur Festsetzung der Ausführungsweise (§ 288 Anm. III) eines Herabsetzungsbeschlusses (RG. 26 134); ebenso die Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Bestimmung des Sitzes der Gesellschaft (RG. 44 11). Die einzige Ausnahme ist in § 274 Abs. 1 Satz 2 bestimmt. — Hiernach ist auch ein von einer anderen Gesellschaftsbehörde abgegebenes Anerkenntnis, daß die Satzung in bestimmter Weise auszulegen sei, nicht bindend für die Gesellschaft oder andere Beteiligte (KG. 17 XI 98 KGBl. 99 101), und auf Grund eines derartigen im Rechtsstreit der Gesellschaft abgegebenen Anerkenntnisses darf kein Anerkenntnisurteil erlassen werden. — Über die Frage der Zulässigkeit von Satzungsänderungsbeschlüssen, die durch eine Willenserklärung einer anderen Gesellschaftsbehörde bedingt sind, vgl. § 278 Anm. III.

b. **„Gesellschaftsvertrag"** umfaßt sowohl die ursprüngliche Satzung wie auch ihre später geänderte Form (§ 182 Anm. I).

c. **Abänderung.**

1. Allgemeines. Die Vorschriften der §§ 274—277 umfassen alle Arten einer Ab-

änderung der Satzung (D. 153), einschließlich einer Satzungsänderung durch Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals (§ 278 Anm. I a), vorbehaltlich der für letztere beide Fälle gegebenen Sondervorschriften.

2. Beschluß, der nur stillschweigend die Satzung ändert. Ein Satzungsänderungsbeschluß liegt nur vor, wenn der Beschluß sich als zur Satzungsänderung bestimmt kundgibt. Ein Beschluß, der nur stillschweigend eine sachliche Abweichung von der Satzung enthält, ändert nicht die Satzung, verletzt (§ 271 Anm. III) sie vielmehr; so selbst dann, wenn diese stillschweigende Abweichung dieselbe Mehrheit gefunden hat, welche für die ausdrückliche Änderung erforderlich gewesen wäre. Es fehlt in diesem Fall an einer ausdrücklichen Aufhebung (oder Beschränkung) der bisherigen Satzungsbestimmung; diese gilt daher auch künftig, da (abweichend von Gesetzen) die jüngere Satzungsbestimmung der nicht aufgehobenen älteren nachsteht. Wollte man dies nicht zugeben, so würde der Satzungsinhalt nach einigen derartigen Änderungen schwer feststellbar werden; auch könnten die Aktionäre mit Satzungsänderungen leicht überrumpelt werden. Eine Ausnahme von vorstehenden Grundsätzen ist nur bezüglich des Erhöhungs- und des Herabsetzungsbeschlusses (§ 278 Anm. I a) und des mit einem Erhöhungsbeschluß zusammenhängenden Beschlusses der Ausgabe neuer Anteilrechte über Nennbetrag (§ 278 Anm. VIII c 1) zuzugestehen. Zulässig ist jedoch ein die Satzung verletzender Beschluß, wenn er aufschiebend bedingt ist durch die Eintragung eines gleichzeitig gefaßten entsprechenden Satzungsänderungsbeschlusses.

3. Bedingter oder betagter Beschluß. Vgl. § 251 Anm. III. Bedingte Änderungsbeschlüsse sind zulässig (§ 278 Anm. I a, III). Ebenso betagte Änderungsbeschlüsse (KG. 15 X 04 EntschFG. 5 67 KGJ. 28 A 224). Wann betagte Beschlüsse einzutragen, vgl. § 277 Anm. I e. Über Wiederaufhebung eines bedingten Änderungsbeschlusses vor Eintritt der Bedingung vgl. § 278 Anm. I a.

4. Beseitigung einer Zeitbeschränkung der Gesellschaftsdauer. Ein Beschluß auf Fortsetzung einer durch Satzungsbestimmung auf bestimmte Zeit beschränkten Gesellschaft ist nur im Weg der Satzungsänderung möglich (D. 155; vgl. § 292 Anm. I a 2). Ein Satzungsänderungsbeschluß mit der gesetzlichen Mehrheit ist hierfür auch genügend, es sei denn (§ 275 Anm. I c), daß die Satzung schwerere Erfordernisse festsetzt, z. B. Zustimmung aller Aktionäre entweder ausdrücklich verlangt oder doch aus ihrem Zusammenhang erkennen läßt, daß ein Sonderrecht auf Auflösung zur bestimmten Zeit gewährt werden sollte (RG. 6 123, RG. 14 XI 03 JW. 04 44[14]).

d. **Wirkung** des Änderungsbeschlusses ist nicht das sofortige Eintreten der Änderung (§ 277 Abs. 3); vielmehr liegt in dem Beschluß nur die Willensäußerung, daß solche Änderung bewirkt werden soll, und das Gebot an die zuständigen Gesellschaftsbehörden, durch entsprechende Anmeldung des Beschlusses das für solche Änderung Erforderliche vorzunehmen (RG. 24 59). — Über die Frage, inwieweit ein das Gesetz oder die Satzung verletzender Änderungsbeschluß wirksam wird, vgl. § 273 Anm. II.

II. **Beschluß, dem Aufsichtsrat die Änderung zu übertragen.**

a. **Beschluß der Generalversammlung.** Dieser Beschluß bedarf, in Ermangelung einer anderen Bestimmung der Satzung, derselben Mehrheit wie ein Änderungsbeschluß (§ 275 Abs. 1). Auch die Errichtungsversammlung kann einen solchen Beschluß fassen (§ 197), soweit sie überhaupt zu Änderungsbeschlüssen befugt ist (§ 196 Anm. III b) und unter Beobachtung der für derartige Beschlüsse der Errichtungsversammlung vorgeschriebenen Erfordernisse. Ebenso wird zuzulassen sein, daß bei Gleichgründung schon in der Feststellungsverhandlung (§ 182 Anm. III) oder in einer sonst vor Entstehung der AG. berufenen Generalversammlung (§ 197 Anm. I) dem Aufsichtsrat die Befugnis zur Fassungsänderung der festgestellten ursprünglichen Satzung übertragen wird. — In jedem Einzelfall muß ein Beschluß gefaßt werden. Eine allgemeine Ermächtigung in der Satzung genügt nicht (ebenso Staub[7] Anm. 3, Pinner Anm. II; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 3); noch weniger ein auch für zukünftige Beschlüsse ermächtigender Generalversammlungsbeschluß (ebenso Staub[7] Anm. 3; dagegen Pinner Anm. II, Ring Nr. 4, Staub[8]-Pinner Anm. 3). Der im Einzelfall gefaßte Beschluß

darf aber den Aufsichtsrat zur Fassungsänderung aller gleichzeitig oder früher gefaßter Satzungsbeschlüsse ermächtigen (einschränkend Goldmann Nr. 6).

b. **Änderungen, die nur die Fassung betreffen.** Dieser Fall kann vorliegen sowohl wenn überhaupt nur eine Fassungsänderung der bisherigen Satzung vorgenommen werden soll, wie auch wenn die Generalversammlung einen Beschluß faßt, der sachlich die bisherige Satzung ändert, und wenn sie hierbei nur die nähere Fassung dieses ändernden Beschlusses dem Aufsichtsrat überträgt. Im letzteren Fall wird im Zweifel anzunehmen sein, daß die Ermächtigung zur Änderung mit der Eintragung des ungeänderten Beschlusses erlöschen sollte. Über die Frage, ob als eine Fassungsänderung zu erachten ist die Feststellung eines bestimmten Betrags der Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals innerhalb der von der Generalversammlung festgesetzten Grenzen, vgl. § 278 Anm. III. — Bei Versicherungsaktiengesellschaften kann durch Generalversammlungsbeschluß der Aufsichtsrat ermächtigt werden, einen Satzungsänderungsbeschluß für den Fall, daß die Aufsichtsbehörde vor der Genehmigung die Vornahme von Änderungen verlangt, diesen Änderungen (also nicht nur Fassungsänderungen) zu unterziehen (PrivVUntG. §§ 39 Abs. 3, 123).

c. **Dem Aufsichtsrat.** Durch diese Worte ist künftig ausgeschlossen die Übertragung einer Fassungsänderung an andere Gesellschaftsbehörden, insbesondere an den Vorstand (nach früherem Recht dahingestellt KGJ. 15 21).

d. **Form des Aufsichtsratsbeschlusses.** Daß der Beschluß des Aufsichtsrats gerichtlich oder notariell beurkundet werde, ist nicht vorgeschrieben. Daher wird — wie bei sonstigen Beschlüssen des Aufsichtsrats (§ 243 Anm. III a) — eine besondere Form nicht verlangt werden können (§ 12 Anm. IV, Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 8; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 3, der den § 259 entsprechend anwenden will). Unter welchen Umständen der Registerrichter die Tatsache, daß der (keinen Teil der Anmeldung selbst bildende) Aufsichtsratsbeschluß gefaßt sei, nachzuprüfen hat, vgl. § 12 Anm. VI b.

III. **Ankündigung.** Vgl. § 256.

a. **Erkennbarmachung.** Vgl. § 256 Anm. II d. Die Erkennbarmachung soll nach dem wesentlichen Inhalt der beabsichtigten Änderung erfolgen, d. h. der Inhalt der beabsichtigten Änderung soll bei der Berufung der Generalversammlung (§ 256 Abs. 1) oder bei der innerhalb der gesetzlichen Frist (§ 256 Anm. II c) erfolgten Bekanntmachung einer Ergänzung der Tagesordnung (§ 256 Abs. 2) so deutlich und vollständig bezeichnet werden, daß jeder Aktionär daraus mit Bestimmtheit entnehmen kann, um was es sich bei der in Aussicht stehenden Beschlußfassung handelt; nicht genügt eine einfache Aufzählung der Paragraphen der Satzung, die einer Änderung unterzogen werden sollen, ohne Angabe des Inhalts jener Paragraphen oder des Inhalts der in Aussicht genommenen abändernden Bestimmungen (D. 154).

b. **„Soll".** Aus dieser Fassung wird man schließen müssen, daß die Vorschrift des § 274 Abs. 2 nur Ordnungsvorschrift ist, daß mithin ein Verstoß gegen sie einen daraufhin ergangenen Beschluß nicht anfechtbar oder unverbindlich macht (§ 271 Anm. III; dagegen Könige, Staub[8]-Pinner Anm. 6, Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 14, bei erheblichen Verstößen auch Rudorff). D. 154 erwähnt allerdings, es sei bestimmt, daß die Änderung „ihrem wesentlichen Inhalte nach erkennbar zu machen ist"; in dieser Form ist indessen die Bestimmung nicht in das Gesetz übergegangen. Das „soll" in § 256 Abs. 1 wird in der hier fraglichen Beziehung durch das „können nicht" in § 256 Abs. 2 berichtigt (§ 256 Anm. II a, c), kann also nicht zur Erklärung des „soll" in § 274 Abs. 2 herangezogen werden. Auch wenn hiernach die Sondervorschrift des § 274 Abs. 2 nur als Ordnungsvorschrift anzusehen ist, bleibt doch die für alle Ankündigungen gemeinsame Regel (§ 256 Anm. II d) bestehen, daß die Ankündigung so deutlich gefaßt sein muß, daß sie geeignet ist, dem Aktionär die Entschließung, ob er an der Generalversammlung teilnehmen will, zu ermöglichen. Über die bei einer Verletzung der letzteren Vorschrift eintretenden Folgen vgl. § 256 Anm. IV.

§ 275.

Erforderliche Mehrheiten.

In Ermangelung einer anderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags bedürfen die im § 274 Abs. 1 bezeichneten Beschlüsse der Generalversammlung einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt.

Für eine Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens muß diese Mehrheit erreicht sein; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

Soll das bisherige Verhältniß mehrerer Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung zum Nachtheil einer Gattung geändert werden, so bedarf es neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der benachtheiligten Aktionäre; auf diese Beschlußfassung findet die Vorschrift des Abs. 1 Anwendung. Die Beschlußfassung der benachtheiligten Aktionäre kann nur stattfinden, wenn sie gemäß § 256 Abs. 2 ausdrücklich unter den Zwecken der Generalversammlung angekündigt worden ist.

ADH. Art. 215 Abs. 2, 3, 6. **Entw. I** § 251 Abs. 2—4. **Entw. II** § 267.

I. **Regel bei Satzungsänderungsbeschlüssen (§ 275 Abs. 1).**

a. **Inhalt des Beschlusses,** auf welchen § 275 Abs. 1 Anwendung findet, ist die Änderung einer Satzungsbestimmung (§ 274 Abs. 1 Satz 1) oder die Übertragung einer hierauf bezüglichen Fassungsänderung an den Aufsichtsrat (§ 274 Abs. 1 Satz 2). Besonderheiten gelten in folgenden Fällen: Änderungsbeschluß in der Errichtungsversammlung (§ 196 Abs. 5), Änderung einer Festsetzung der Satzung über die den Mitgliedern des Aufsichtsrats zukommende Vergütung (§ 245 Abs. 2), Änderung des Gegenstands des Unternehmens (§ 275 Abs. 2; über Auflösung der AG. und Übertragung des Vermögens im ganzen vgl. § 292 Nr. 2, §§ 303 ff.), Änderung des bisherigen Verhältnisses mehrerer „Aktiengattungen" zum Nachteil einer Gattung (§ 275 Abs. 3), Auferlegung einer Verpflichtung zu wiederkehrenden nicht in Geld bestehenden Leistungen (§ 276; über entsprechende Anwendung auf ähnliche Fälle vgl. § 276 Anm. V), Erhöhung des Grundkapitals (§ 278), Herabsetzung des Grundkapitals (§ 288). Über die Frage, ob die Abänderung einer Satzungsbestimmung zulässig ist, nach der die Übertragung von Kleinaktien an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist, vgl. § 179 Anm. II c 2 δ. Über Heilung wesentlicher Mängel der Satzung durch Satzungsänderung vgl. § 310.

b. **Erforderliche Mehrheiten.** Über abweichende Satzungsbestimmungen unten Anm. I c.

1. Erschwerte Mehrheit. Erforderlich ist — mangels einer anderen Satzungsbestimmung (unten Anm. I c) — eine Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlußfassung (§ 207 Anm. II c) vertretenen Grundkapitals. Unerheblich ist, welcher Bruchteil des überhaupt vorhandenen Grundkapitals vertreten ist. Unerheblich auch, ob das Grundkapital auf verschiedene „Aktiengattungen" entfällt (Art. 215 Abs. 5 ADH., welcher als selbstverständlich gestrichen; D. 154). Bei der Beschlußfassung nicht vertreten ist auch ein Aktionär, der zwar in der Generalversammlung anwesend sein, aber nicht stimmen darf (zust. Ring Nr. 1, Staub-Pinner § 251 Anm. 4, Goldmann Nr. 3; dagegen Pinner Anm. I 2), ebenso wie derjenige, der freiwillig nicht mitstimmt (§ 207 Anm. II c). — Keine erschwerte Mehrheit ist erfordert bei Herabsetzung der in der Satzung festgesetzten Vergütung für die Mitglieder des Aufsichtsrats (§ 245 Abs. 2).

2. Einfache Mehrheit. Außer daß drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals der Änderung zustimmen müssen, bedarf es auch — bei derselben Abstimmung — einer einfachen Stimmenmehrheit (§ 251 Anm. I; bezw. der satzungsgemäßen Mehrheit) für die Änderung, da sonst überhaupt kein Beschluß der General-

versammlung vorliegt. Die erstere Mehrheit von drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals kann unter Umständen vorhanden sein, ohne daß eine einfache Stimmenmehrheit vorhanden ist, da bei Berechnung der letzteren die etwaigen erschwerenden (§ 251 Abs. 1 oder beschränkenden (§ 252 Abs. 1 Satz 3, 4) Vorschriften der Satzung maßgebend sind.

c. **„In Ermangelung einer anderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags."** Die Satzung kann die besonderen in § 275 Abs. 1 aufgestellten Erfordernisse (oben Anm. I b 1 mildern (auch ganz aufheben) oder erschweren. Entweder nur bezüglich Abänderung bestimmter einzelner, oder bezüglich eines größeren Kreises von Satzungsbestimmungen oder auch bezüglich aller Satzungsbestimmungen (RG. 27 70). Nicht nur hinsichtlich der erforderlichen Mehrheit, sondern auch in anderer Hinsicht, z. B. durch Erfordern übereinstimmender Beschlüsse zweier Generalversammlungen, oder (§ 252 Anm. III b 1) durch das Vorschreiben von Höchstbeschränkungen bei Zählung der von einem einzelnen Aktionär vertretenen Grundkapitalanteile. Unberührt hiervon bleiben jedoch die gesetzlichen Erfordernisse gewöhnlicher Beschlüsse (oben Anm. I b 2); diese Erfordernisse können auch bezüglich des besonderen Falls eines Satzungsänderungsbeschlusses nicht durch Satzungsbestimmung gemildert, sondern nur erschwert werden (§ 251 Anm. III). — Hier, wie an allen anderen entsprechenden Stellen des Gesetzes, ist unter „Gesellschaftsvertrag" nicht nur der ursprüngliche, sondern auch der geänderte zu verstehen (§ 182 Anm. I). Mithin steht kein Sonderrecht entgegen, wenn nachträglich eine Milderung derjenigen Bestimmungen der Satzung, durch welche Satzungsänderungen erschwert werden, unter Beobachtung solcher Erschwerungen (ROH. 20 45) beschlossen wird (§ 250 Anm. II a; zust. Staub[8]-Pinner Anm. 2, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 5; dagegen Pinner Anm. I 3 b). Wo das Gesetz einer erst später erfolgten Satzungsänderung mindere Kraft zuschreiben wollte, als der ursprünglichen Satzung, ist dies ausdrücklich hervorgehoben (§§ 276, 227 Abs. 1: „ursprünglicher Gesellschaftsvertrag"). Nur für eine solche Änderung der Satzung in der Errichtungsversammlung folgt aus § 196 Abs. 5 Satz 2 die Notwendigkeit der Zustimmung aller erschienenen Aktionäre.

II. **Abänderung des Gegenstands des Unternehmens (§ 275 Abs. 2).**

a. **Gegenstand des Unternehmens.** Vgl. § 182 Anm. IV b 3.

b. **Abänderung.** Im § 275 Abs. 2 handelt es sich nur um eine Änderung der Satzung bezüglich des darin enthaltenen (§ 182 Abs. 2 Nr. 2) Gegenstands des Unternehmens. Ein Beschluß, der den Gegenstand des Unternehmens ohne gleichzeitige entsprechende Änderung der Satzung ändert, verstößt, auch wenn er mit erschwerter Mehrheit gefaßt ist, gegen das Sonderrecht der Aktionäre, da er die bestehende Satzung verletzt (vgl. § 274 Anm. I c. — Unter „Abänderung des Gegenstands des Unternehmens" ist daher in § 275 Abs. 2 zu verstehen die Änderung der in § 182 Abs. 2 Nr. 2 als wesentlich vorgeschriebenen, mithin bereits vorhandenen Satzungsbestimmung, gleichgültig ob eine Änderung des sachlichen Inhalts oder nur eine Änderung der Fassung erfolgt. Eine sachliche Änderung jener Bestimmung kann aber auch in einem neuen Zusatz zur Satzung liegen. Nur in letzterer Beziehung ist die Frage von Erheblichkeit, was als sachliche Änderung des Gegenstands anzusehen ist. In erster Reihe ist hierfür die Auslegung der vorhandenen Satzungsbestimmung maßgebend. Ist z. B. die Satzung dahin auszulegen, daß sie nur eigenen Betrieb vorsieht, so liegt eine sachliche Änderung in einer dauernden Überlassung des Unternehmens an einen anderen gegen Gewährung fester Bezüge oder Beteiligung am Gewinn (Staub[8]-Pinner Anm. 3, Pinner Anm. II, Ring Nr. 3; dagegen RG. 3 128, wohl auch Bolze 6 Nr. 644, Goldmann Nr. 7; vgl. Esser Anm. 3). Zulässig sind an sich auch Änderungen der letztgedachten Art (OLG. Stuttgart 30 XII 87 ZHR. 40 474).

c. **Erfordernisse der Beschlußfassung.**

1. Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals (§ 207 Anm. II c, § 275 Anm. I b 1) muß erreicht sein.
2. Einfache Stimmenmehrheit muß vorhanden sein (oben Anm. I b 2).
3. Die Satzung kann die Erfordernisse verschärfen, aber nicht mildern („noch andere Erfordernisse").

d. **Staatliche Genehmigung** des Änderungsbeschlusses ist erforderlich, wenn die Entstehung der Aktiengesellschaft durch staatliche Genehmigung der bisherigen Satzungsbestimmung über den Gegenstand des Unternehmens bedingt war. Daher ist ein Genehmigungsbeschluß des Bundesrats beizubringen, wenn dieser die Genehmigung zur Ausgabe von Kleinaktien mit Rücksicht auf die Gemeinnützigkeit des Unternehmens oder mit Rücksicht auf eine für das Unternehmen erfolgte Gewährleistung erteilt hatte (§ 180 Anm. IIa), und die Kleinaktien auch künftig beibehalten werden sollen (vgl. Rudorff zu § 180 Abs. 1). Die Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde für den in Aussicht genommenen neuen Gegenstand des Unternehmens ist zu erwirken, wenn dieser Gegenstand genehmigungspflichtig ist. Für den Fall der Hypothekenbanken ist dies ausdrücklich anerkannt im HypBankG. 13 VII 99 (RGBl. 375) § 1 Abs. 3. Die Genehmigungsurkunden müssen der Anmeldung beigefügt werden (§ 277 Anm. If 3, § 195 Anm. If 12, 13). Über den Fall des Erfordernisses einer staatlichen Genehmigung bei Erhöhung des Grundkapitals vgl. § 284 Anm. IIf 4, 5.

III. **Änderung des Verhältnisses mehrerer Aktiengattungen zum Nachteil einer Gattung (§ 275 Abs. 3).**

a. **Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung.** Vgl. § 185 Anm. Ic.

Vorausgesetzt ist in § 275 Abs. 3, daß zur Zeit der Beschlußfassung bereits mehrere „Aktiengattungen" vorhanden sind. — Wird durch Satzungsänderung eine neue bevorrechtigte „Aktiengattung" geschaffen (§ 185 Anm. IIIb), indem neue Anteile zu den bereits vorhandenen hinzutreten, so ist zu unterscheiden, ob bisher nur eine Aktiengattung, oder ob bereits bisher mehrere Aktiengattungen vorhanden waren. Im ersteren Fall ist kein Sonderbeschluß notwendig oder ausführbar, denn in dem gemeinsamen Beschluß der bisherigen Aktionäre liegt bereits ein solcher der zu benachteiligenden Aktiengattung. Im zweiten Fall ist eine Sonderabstimmung jeder vorhandenen Aktiengattung erforderlich (§ 278 Anm. IIIb).

Soll eine neue bevorrechtigte Aktiengattung in der Weise geschaffen werden, daß nur ein Teil der bestehenden gleichberechtigten Anteilrechte zu bevorrechtigten erklärt wird, so fällt dies zwar nicht unter den Wortlaut des § 275 Abs. 3; indessen wird doch wohl § 275 Abs. 3 hierauf entsprechend anzuwenden sein (dagegen Ring Nr. 5). Denn dem Fall, daß ein Aktionär, der ein bevorrechtigtes Anteilrecht besitzt, das Vorrecht gemäß Sondergattungsbeschluß verliert, steht sachlich gleich der Fall, daß zunächst alle Anteilrechte gleichberechtigt sind, und nunmehr bezüglich einzelner dieser Anteilrechte eine Benachteiligung (oder, was dem gleichkommt, bezüglich der übrigen eine Bevorzugung) eingeführt werden soll (vgl. § 250 Anm. IIc 4). Auch in letzterem Fall wird man daher nur eine in den Formen des § 275 Abs. 3 erfolgende Zustimmung der Gesamtheit der Benachteiligten fordern dürfen. Einem dahingehenden Satzungsänderungsbeschluß der ungetrennten Generalversammlung steht hiernach zwar ein gemäß § 275 Abs. 3 auszuübendes Gesamtrecht (§ 250 Anm. Id 1) der benachteiligten Aktionäre, nicht aber ein Sonderrecht jedes einzelnen benachteiligten Aktionärs entgegen (vgl. jedoch RG. 41 99, unten Anm. IIIb). Eine schwer zu überwindende tatsächliche Schwierigkeit ergibt sich allerdings in denjenigen Fällen, in denen nicht bereits zur Zeit des Beschlusses feststeht, welche einzelnen Aktionäre bei Ausführung des Beschlusses die Benachteiligten sein würden. Über den Sonderfall, daß die Benachteiligung in der Auferlegung neuer Leistungen besteht, vgl. § 276 Anm. Vb. Über Stellung der Wahl zwischen Zuzahlung oder Benachteiligung vgl. § 276 Anm. Vc. Über Schaffung neuer Anteilrechte unter Gestattung einer Einbringung der bisherigen vgl. § 276 Anm. Vd. Über Zusammenlegung unter Benachteiligung einzelner Anteilrechte vgl. § 276 Anm. Ve. — Daß eine Zusammenlegung von Anteilrechten, wenn sie in Zusammenhang mit einem Herabsetzungsbeschluß erfolgt, bei Erfüllung der Erfordernisse des letzteren gültig beschlossen werden kann, ist in § 290 vorausgesetzt (§ 290 Anm. IIc 1).

b. **Benachteiligende Änderungen des bisherigen Verhältnisses.** Nur für den Fall des eine Gattung benachteiligenden Beschlusses gilt die Sonderbestimmung des § 275 Abs. 3. Maßgebend für die Beurteilung, ob eine Benachteiligung vorliegt, ist das bisherige Verhältnis; unerheblich ist mithin, welches das ursprüngliche Verhältnis war. Im Anschluß

an die Ausführung in M. 72 will die herrschende Meinung (z. B. Staub^{8}-Pinner Anm. 4, Ring Nr. 5, Pinner Anm. III 1, Esser Anm. 7) den § 275 Abs. 3 nur zur Anwendung bringen, wenn der Beschluß unmittelbar auf eine Änderung des Verhältnisses zielt, nicht auch wenn er nur mittelbar einer einzelnen Aktiengattung mehr Vorteile bringt als einer anderen, z. B. durch Festsetzung neuer Grundsätze für Abschreibungen, durch Anordnung freiwilliger Rücklagen. Dieser Ansicht wird nicht beizutreten sein; im Wortlaut des Gesetzes findet sie keinen Anhalt; wollte man ihr folgen, so wäre das in § 275 Abs. 3 bestimmte Sondergattungsrecht fast wertlos, da sich dessen Umgehung durch mittelbare Benachteiligung fast stets als ausführbar erweisen würde. Festzuhalten ist nur, daß § 275 Abs. 3 ausschließlich auf diejenigen Beschlüsse zu beziehen ist, welche eine Benachteiligung durch Satzungsänderung enthalten. — Das RG. 41 99 erachtet den § 275 Abs. 3 nicht für anwendbar, wenn nicht nur der Verlust der bisherigen Vorzugsrechte in Frage steht, sondern der bisher bevorrechtigten Gattung auch solche Rechte genommen werden sollen, die den anderen Gattungen bisher gleichfalls zustanden und diesen Gattungen verbleiben sollen. Wäre dieser Entscheidungsgrund zutreffend, so würde eine Änderung zum Nachteil der bereits benachteiligten Aktiengattung auf dem Gebiet, auf welchem sie bereits benachteiligt ist, nie gemäß § 275 Abs. 3 ausführbar sein. Dann aber hätte es nicht „zum Nachteil einer Gattung", sondern „zum Nachteil der bevorzugten Gattung" heißen müssen. Jenem Entscheidungsgrund wird daher wohl nicht beizutreten sein (dagegen Ring Nr. 5). — Ist zweifelhaft, welche Aktiengattung die benachteiligte ist, so wird es vorsichtig sein, Sonderabstimmungen aller beteiligten Gattungen vornehmen zu lassen (Esser Anm. 5). — Über den Fall einer Benachteiligung durch Einführung der Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen vgl. § 276.

c. **Erfordernisse der Beschlußfassung.**

1. Ein gemeinsamer Beschluß der Inhaber aller Aktiengattungen. Dieser Beschluß muß sowohl mit einfacher Stimmenmehrheit, wie auch mangels verschärfender oder mildernder Satzungsbestimmung (§ 275 Anm. I c) mit einer Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals gefaßt werden (§ 275 Anm. I b).
2. Ein Beschluß der Aktionäre der benachteiligten Aktiengattung. Ein Beschluß kann nur vorliegen, wenn mindestens ein Sondergattungsaktionär stimmt (§ 251 Anm. I a; zust. Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 10, Staub^{8}-Pinner Anm. 5; dagegen Staub^{7} Anm. 4). Der Beschluß muß in gesonderter Abstimmung (aber in der gemeinsamen Generalversammlung, D. 154) gefaßt werden und muß denselben beiden Bedingungen (oben zu 1) entsprechen. Auch hier kann die Satzung das Erfordernis einer Dreiviertelmehrheit des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals verschärfen oder mildern (oben Anm. I c). Die Sonderabstimmung der Aktionäre der benachteiligten Gattung ist selbst dann nicht entbehrlich, wenn alle diese Aktionäre bereits bei dem gemeinsamen Beschluß mitgestimmt haben (Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 10, Staub^{8}-Pinner Anm. 5; dagegen Staub^{7} Anm. 4). — Werden mehrere Aktiengattungen benachteiligt, so wird zu unterscheiden sein, ob sie durch dieselbe Bestimmung und in gleicher Weise, oder ob sie durch verschiedene Bestimmungen, oder durch dieselbe Bestimmung in verschiedener Weise benachteiligt werden. Im ersteren Fall haben die Aktionäre der mehreren Gattungen gemeinsam zu beschließen. In den beiden letzteren Fällen ist getrennte Beschlußfassung jeder einzelnen Gattung erforderlich.
3. Ausdrückliche Ankündigung. Vgl. § 256. Die Beschlußfassung zu 2 kann nur stattfinden, wenn sie gemäß § 256 Abs. 2 ausdrücklich unter den Zwecken der Generalversammlung angekündigt worden ist (§ 275 Abs. 3 Satz 2). Das „kann" hat wohl hier keine weitergehende Bedeutung als in § 256 Abs. 2; in der Regel wird daher Heilung eines hierauf bezüglichen Mangels eintreten durch Nichtanfechtung bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist des § 271 Abs. 2 (§ 256 Anm. IV).

§ 276.

Auferlegung wiederkehrender Leistungen.

Eine Verpflichtung der Aktionäre zu Leistungen der im § 212 bezeichneten Art kann, sofern sie nicht in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, nur mit Zustimmung sämmtlicher von der Verpflichtung betroffenen Aktionäre begründet werden.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** § 268.

I. **Verhältnis des § 276 zu § 275 Abs. 3.** Der § 276 sowohl wie der § 275 Abs. 3 regelt selbständig einen eigenen Kreis von Fällen. Ein Teil der von beiden Bestimmungen beherrschten Gebiete fällt aber in beide Kreise. So, wenn das bisherige Verhältnis mehrerer „Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung" zum Nachteil einer Gattung in der Weise geändert werden soll, daß den Aktionären der zu benachteiligenden Gattung Leistungen der in § 212 bezeichneten Art neu auferlegt werden. In diesem Fall kommt nicht § 275 Abs. 3, sondern § 276 als weitergehende Sonderbestimmung zur Anwendung.

II. **Leistungen der im § 212 bezeichneten Art.** Dies sind wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen der Aktionäre (§ 212 Anm. I a—c, e) und Vertragsstrafen für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung solcher Leistungen (§ 212 Anm. I d, RG. 38 15).

III. **Begründung** der Verpflichtung. Hierunter ist die Erschwerung einer etwa bereits vorhandenen Verpflichtung mitbegriffen (vgl. RG. 38 15, 47 183). Eine solche Erschwerung liegt z. B. vor, wenn die ursprüngliche Satzung bestimmt ist, daß die ganze Ernte von bestimmt großem Land abzuliefern ist, und wenn dies dahin geändert werden soll, daß eine bestimmt große Ernte — auch wenn nicht erzielt — abzuliefern sei (RG. 47 183). Oder wenn nach der ursprünglichen Satzung für die seitens des Aktionärs zu liefernde Melasse, wenn sie mehr als 48% Zucker enthält, ein besonderer Aufschlag gewährt wird, während durch Satzungsänderung bestimmt werden soll, daß erst bei mehr als 50% Zucker ein Aufschlag gezahlt wird (RG. 7 XII 03 EntschFG. 4 98 KGJ. 27 A 229). — Unter altem Recht auferlegte wiederkehrende Leistungen sind nicht allein durch das Inkrafttreten des neuen Rechts zu Mitgliedschaftsverpflichtungen geworden (§ 212 Anm. IV). Sollen sie hierzu umgewandelt werden, so liegt daher hierin die Neubegründung einer Mitgliedschaftsleistung, sie bedarf mithin der Zustimmung aller betroffenen Aktionäre (RG. 48 107, RG. 2 XI 04 HoldheimsMSchr. 05 139).

IV. **Erfordernisse der Begründung** neuer derartiger Verpflichtungen. Indem § 276 bestimmt, daß die Begründung nur mit Zustimmung aller betroffenen Aktionäre erfolgen kann, setzt er voraus, daß die Zustimmung nur etwas zu einem anderen Hinzutretendes sei. Jenes andere ist ein Beschluß der Generalversammlung, und zwar (§ 212: „im Gesellschaftsvertrage") ein Satzungsänderungsbeschluß. Hiernach sind erforderlich:

a. **Ein Satzungsänderungsbeschluß**, also ein Beschluß der Generalversammlung, welcher sowohl mit einfacher Stimmenmehrheit (§ 275 Anm. I b 2), wie auch — in Ermangelung abweichender Satzungsbestimmung (§ 275 Anm. I c) — mit einer Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals (§ 275 Anm. I b 1) gefaßt ist.

b. **Zustimmung** aller einzelnen von der Verpflichtung betroffenen Aktionäre.

1. Zustimmung. Daß die Zustimmung in der Generalversammlung erklärt werde, verlangt das Gesetz nach seinem Wortlaut nicht, und auch kein anderer Grund spricht für eine derartige Beschränkung (zust. Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 2, Wolff in Festgabe f. Wilke 336, Staub[8]-Pinner § 212 Anm. 11; dagegen früher Pinner). Nur die Ausübung derjenigen Aktionärrechte, welche Mehrheitsgesamtrechte sind, ist allgemein in die Generalversammlung verwiesen (§ 250 Anm. I b, d 1). Auch für den § 270 ist die Zulässigkeit einer Zustimmung außerhalb der Generalversammlung anzunehmen (§ 270 Anm. III), ebenso wie ein Rücktritt von der Beteiligung am Minderheitsverlangen des § 268 außerhalb der Generalversammlung zulässig ist (§ 268 Anm. III b). Das Recht auf Nichtbelastung mit neuen wiederkehrenden Leistungen (§ 250 Anm. II c 9) ist zweifellos ein verzicht-

bares Sonderrecht. Wollte man verlangen, daß die Zustimmung des § 276 in der Generalversammlung erteilt werde, so würde man daher in Widerstreit kommen mit der allgemein anerkannten Regel, daß der in der Verletzung eines verzichtbaren Sonderrechts bestehende Mangel eines Beschlusses durch außerhalb der Generalversammlung erklärte Genehmigung des in seinem Sonderrecht Verletzten geheilt wird (§ 273 Anm. II b 4). Endlich ist auch kein sachlicher Grund erkennbar, der dafür spräche, daß in der Generalversammlung die Zustimmung zu erklären sei; auch wenn eine Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen durch Unterwerfung unter die ursprüngliche Satzung übernommen wird, geschieht dies in der Regel außerhalb der Generalversammlung. — In welcher Form dem Registerrichter der Nachweis der Zustimmung zu erbringen ist, vgl. § 12 Anm. IV, § 274 Anm. II d. Hiernach kann, soweit nicht im Einzelfall Zweifel an der Echtheit vorliegen, nicht verlangt werden, daß die beizubringenden Zustimmungserklärungen öffentlich beglaubigt werden (dagegen Staub[8]-Pinner § 212 Anm. 11); dagegen hat der Registerrichter sich in der Regel nicht mit der Angabe der Anmelder, daß Zustimmung erklärt sei, zu begnügen, sondern Nachweisung dieser Tatsache, z. B. durch Einreichung schriftlicher Erklärungen der Zustimmenden, zu fordern (§ 12 Anm. VI b).

2. Von der Verpflichtung betroffene Aktionäre sind die bei Fassung des Beschlusses vorhandenen; die Bestimmung des § 277 Abs. 3 ist in dieser Beziehung nicht heranzuziehen, da sonst unmöglich wäre, dem Registerrichter bei Anmeldung den Nachweis zu erbringen, welche Aktionäre betroffen sind.

c. **Bindung der Übertragung** der mit wiederkehrenden Leistungen belasteten Anteilrechte an die Zustimmung der Gesellschaft. Vgl. § 212 Anm. II b. Dies folgt aus der zwingenden Vorschrift des § 212 Abs. 1 Satz 1.

d. **Aufnahme der Verpflichtung und des Umfangs der Leistungen in den Mitgliedschein.** Vgl. § 212 Anm. II c. Dies folgt aus der zwingenden Vorschrift des § 212 Abs. 1 Satz 2. Doch hat ein Verstoß hiergegen nicht die Nichtigkeit des Mitgliedscheins (§ 212 Anm. II c), geschweige des Generalversammlungsbeschlusses, zur Folge.

V. **Entsprechende Anwendung des § 276.**

a. **Wie weit reicht die entsprechende Anwendbarkeit des § 276?** Der Fall des § 276 ist nicht der einzige, in welchem für eine Satzungsänderung die Zustimmung aller Betroffenen erforderlich und genügend ist. Genügend ist die Zustimmung aller Betroffenen vielmehr in allen Fällen verzichtbarer Rechte. Erforderlich ist sie in allen Fällen von Sonderrechten; gerade aus dieser Eigenschaft wird die Begriffsbestimmung des Sonderrechts mit entnommen (§ 250 Anm. II a). Der § 276 enthält daher, wenn auch in anderer Form, nichts anderes als den Satz: „Das Recht des Aktionärs, mit Leistungen der im § 212 bezeichneten Art nicht über das ursprünglich übernommene Maß hinaus belastet zu werden, ist ein verzichtbares Sonderrecht.“ Bringt man die Vorschrift in diese Form, so ergibt sich von selbst, daß § 276 nur ein einzelnes Beispiel herausgreift, sachlich aber in allen Fällen verzichtbarer Sonderrechte anwendbar ist. Demgemäß bemerkt D. 132, nur „um jeden Zweifel auszuschließen“ sei „die an sich schon aus der Natur der Sache folgende Einschränkung“ in § 276 noch besonders zum Ausdruck gebracht. Die Frage: „inwieweit ist § 276 entsprechend anwendbar?“ ist daher gleichbedeutend mit der Frage: „welche Rechte sind verzichtbare Sonderrechte?“

b. **Die Regel des § 276 allgemein anwendbar auf Belastung über das ursprünglich übernommene Maß hinaus.** Der § 276 erklärt für ein Sonderrecht (oben Anm. V a) das Recht auf Nichtbelastung mit neuen Leistungen der im § 212 bezeichneten Art. Daß niemand mehr zu leisten braucht als er übernimmt, ist ein allgemeiner Grundsatz. Sollte bei der AG der einzelne Aktionär in dieser Beziehung dem Mehrheitswillen unterworfen sein, so hätte diese Abweichung ausdrücklich im Gesetz bestimmt werden müssen. Da dies nicht geschehen, kommt jener allgemeine Grundsatz zur Anwendung (vgl. § 211 Anm. IV, GmbHG. § 53 Abs. 3). Hiernach gilt bezüglich des Rechts auf Nichtbelastung mit anderen Leistungen als denen der im § 212 bezeichneten Art das Gleiche wie bezüglich des Rechts auf Nichtbelastung mit Leistungen der im § 212 bezeichneten Art (§ 250 Anm. II c 9). Der § 276

ist daher entsprechend anwendbar z. B., wenn im Weg der Satzungsänderung eine Vertragsstrafe bestimmt wird für den Fall nichtrechtzeitiger Leistung von Einzahlungen auf die Kapitaleinlage (§ 218 Anm. IV c). Ebenso bei Neuauflegung einer einmaligen nicht in Geld bestehenden Leistung (§ 212 Anm. III b 3) und — soweit man nach öffentlichem Recht eine solche Mitgliedschaftsverpflichtung bei der AG. überhaupt für zulässig erachtet (§ 212 Anm. III b) — bei Neuauflegung einer nicht wahlweisen (vgl. unten Anm. V c) einmaligen oder wiederkehrenden Zuzahlung in Geld. Ebenso auch bei Entziehung des bedingten Sonderrechts auf Auszahlung des bei Liquidation sich ergebenden Vermögensbruchteils (§ 300 Anm. II b 1; streitig); denn in einer solchen Entziehung liegt die Neuauflegung der Leistung, diesen Vermögensbruchteil an die Gesellschaft zu deren Verfügung zu überlassen. — Erfolgt die Auferlegung neuer Leistungen nicht gleichmäßig bezüglich aller Anteilrechte, sondern ungleichmäßig, unter Benachteiligung einzelner Anteilrechte, so ist die entsprechende Anwendung des § 276 und nicht die entsprechende Anwendung des § 275 Abs. 3 (§ 275 Anm. III a) maßgebend (vgl. oben Anm. I).

c. **Stellung der Wahl zwischen Zuzahlung oder Benachteiligung.** Bestritten ist, ob Zustimmung aller Aktionäre erforderlich ist, wenn den Aktionären die Wahl gestellt wird, entweder eine Zuzahlung zu leisten oder eine Benachteiligung ihrer Anteilrechte (oder Bevorzugung der übrigen Anteilrechte) zu dulden. Für Bejahung Staub[7] § 185 Anm. 2, Simon S. 217 Anm. 197, S. 223 Anm. 210; vgl. auch ROH. 19 301, KGJ. 8 17. Die herrschende Meinung jedoch erklärt einen gewöhnlichen Satzungsänderungsbeschluß (§ 275 Abs. 1) für genügend. So Pinner § 185 Anm. III, CosackHR. § 117 IV 3 b, Esser § 275 Anm. 6, Ring § 185 Nr. 4, Goldmann § 185 Anm. 18, Staub[8]-Pinner § 185 Anm. 2, Kusenberg Aktienurkunde 46, OLG. Dresden 6 XII 88 ZHR. 37 550, OLG. Hamburg 8 VII 90 HoldheimsMSchr. 92 27, 25 IV 96 ZHR. 47 107, OLG. Hamm 26 II 02 OLGRspr. 4 250, OLG. Dresden 28 I 02 OLGRspr. 4 252. Das Reichsgericht (RG. 52 291; zweifelnd RG. 41 99; vgl. auch 21 25) hat sich der letzteren Ansicht angeschlossen und gestattet gemäß dem nach seiner Ansicht aus § 262 Nr. 3 zu entnehmenden Willen des Gesetzes die Schaffung von Vorzugsaktien ohne Grundkapital-Erhöhung gegen Zuzahlung unter Beobachtung nur der Regeln eines gewöhnlichen Satzungsänderungsbeschlusses (§§ 274, 275 Abs. 1); über Benachteiligung durch die Art der Zusammenlegung vgl. jedoch unten zu e. Kann durch Mehrheit die Schaffung von Vorzugsaktien gegen Zuzahlung beschlossen werden, so auch Schaffung von Vorzugsaktien und gleichzeitige Einräumung von Gläubigerrechten gegen Zuzahlung (KG. 21 IV 02 EntschFG. 3 88 KGJ. 24 A 73 OLGRspr. 4 475).

d. **Schaffung neuer Anteilrechte unter Gestattung einer Einbringung der bisherigen.** Neben einer vorhandenen Aktiengattung kann mittels Erhöhung des Grundkapitals eine neue bevorzugte Aktiengattung durch Satzungsänderung mit der Mehrheit des § 275 Abs. 1 geschaffen werden (§ 185 Anm. III), denn bei der in Frage stehenden Abstimmung werden alle vorhandenen Anteilrechte gleichmäßig benachteiligt. Wird gleichzeitig beschlossen, daß die Einlage auf die neuen Anteilrechte ganz oder teilweise durch Hingabe der bisherigen Anteilrechte geleistet werden dürfe (§ 262 Anm. II c 2), so braucht gleichfalls nur die Mehrheit des § 275 Abs. 1 vorhanden zu sein (RG. 52 293, KGJ. 16 18); doch liegt in der Hingabe eine Nichtbareinlage (§ 279). Sollen die hingegebenen Anteilrechte eingezogen werden, so sind ferner die Vorschriften des § 227 zu beachten.

e. **Zusammenlegung unter Benachteiligung einzelner Anteilrechte gegenüber anderen.** Ein Beschluß, inhalts dessen einzelne Anteilrechte in ungünstigerem Verhältnis als andere zusammengelegt werden sollen, verstößt unter Umständen gegen die guten Sitten und jedenfalls gegen das Recht (§ 250 Anm. II c 4) auf Nichtbenachteiligung. So nach der Rechtsprechung auch, wenn ein ungünstigeres Zusammenlegungsverhältnis an die Nichtleistung der zur Wahl gestellten Zuzahlung geknüpft wird (RG. 52 293, KG. 25 I 02 OLGRspr. 4 147; ebenso Pinner in HoldheimsMSchr. 02 158, Goldmann § 288 Nr. 17; dagegen Ring § 288 Nr. 10). Hierfür genügt daher nach der Rechtsprechung nicht ein gemäß § 275 Abs. 1 zustande gekommener Satzungsänderungsbeschluß (RG. 52 293); ob § 275 Abs. 3 anwendbar, vgl. § 275 Anm. III a. Jedoch ist kein Grund einzusehen, warum der letzterwähnte Fall anders

behandelt werden soll als der oben zu c erwähnte (ebenso Staub⁸-Pinner § 290 Anm. 14): denn erheblich ist, daß bei Nichtzuzahlung eine Benachteiligung der betreffenden Anteilrechte stattfindet, unerheblich, durch welche Form der Maßnahmen diese Benachteiligung herbeigeführt wird.

§ 277.

Anmeldung, Eintragung, Bekanntmachung.

Die Abänderung des Gesellschaftsvertrags ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften ein Anderes ergiebt, ist die Anmeldung durch den Vorstand zu bewirken.

Bei der Eintragung genügt, soweit nicht die Abänderung die im § 198 bezeichneten Angaben betrifft, die Bezugnahme auf die bei dem Gericht eingereichten Urkunden über die Abänderung. Die öffentliche Bekanntmachung findet in Betreff aller Bestimmungen statt, auf welche sich die in den §§ 199, 201 vorgeschriebenen Veröffentlichungen beziehen.

Die Abänderung hat keine Wirkung, bevor sie bei dem Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen worden ist.

ADH. Art. 214. **Entw. I** § 252. **Entw. II** § 269.

I. **Anmeldung.** Vgl. § 195 Anm. I.

a. **Zuständiges Gericht.** Vgl. § 195 Anm. Ia. Die Anmeldung hat auch bei den Registern der nicht am Sitz der Gesellschaft befindlichen Niederlassungen (§ 13 Anm. Ic) zu erfolgen (§ 13 Abs. 1).

b. **Anmelder** ist der Vorstand, d. h. die Behörde in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§ 234 Anm. Ic, D. 155). Ausnahmen sind vorgeschrieben für die besonderen Fälle der bei dem Gericht des Sitzes zu bewirkenden Anmeldung des Beschlusses über die Erhöhung des Grundkapitals (§ 280 Abs. 1, § 286; vgl. § 284 Abs. 1) und der bei den Gerichten aller Niederlassungen zu bewirkenden Anmeldung des Beschlusses über die Herabsetzung des Grundkapitals (§ 289 Abs. 1; vgl. auch § 291).

c. **Ausschluß der Erzwingung durch Ordnungsstrafe.** Hierüber bestimmt § 319 Abs. 2. Vgl. § 175 Anm. III, § 195 Anm. Ic. Über den Sonderfall des Erhöhungsbeschlusses vgl. § 280 Anm. II, über den Sonderfall des Herabsetzungsbeschlusses vgl. § 289 Anm. I. — In einer Verzögerung der Anmeldung wird in der Regel (vgl. jedoch z. B. § 285) eine Obliegenheitsverletzung liegen, welche die Schadensersatzpflicht der Säumigen begründet (§ 241 Abs. 2).

d. **Form** der Anmeldung. Vgl. § 12 Anm. I, § 195 Anm. Id.

e. **Inhalt** der Anmeldung ist die Änderung der Satzung. Auch der § 277 enthält Vorschriften für alle Fälle von Satzungsänderungen (§ 274 Anm. Ic). Anzumelden ist daher namentlich auch eine vom Aufsichtsrat gemäß Ermächtigung der Generalversammlung (§ 274 Anm. II beschlossene Fassungsänderung. Ein betagter Satzungsänderungsbeschluß kann unter Hervorhebung der Betagung schon vor Eintritt des betreffenden Zeitpunkts oder Ereignisses eingetragen werden (RG. 26 VI 99 RGZ. 19 4, 15 X 04 EntschFG. 5 67 RGZ. 28 A 224

f. **Beizufügende Urkunden.** Hierüber enthält das Gesetz selbst keine ausdrückliche Bestimmung, doch wird man die Notwendigkeit aus anderen Vorschriften ableiten können. Der § 277 Abs. 2 setzt die Möglichkeit der Bezugnahme auf Urkunden voraus.

1. Das Protokoll, aus welchem die gefaßten Beschlüsse hervorgehen, falls es nicht vorher überreicht ist (§ 259 Abs. 5).
2. Im Fall des § 276 die Zustimmungserklärungen der einzelnen Aktionäre, sowie der Nachweis, daß die Zustimmenden die sämtlichen von der Verpflichtung betroffenen Aktionäre (§ 276 Anm. IVb 2) sind. Die Überreichung dieser Zustimmungserklärungen — soweit sie nicht bereits zum Generalversammlungsprotokoll abgegeben sind — ist n[illegible]

wendig, weil sonst der Richter die Eintragung des Satzungsänderungsbeschlusses wegen der darin enthaltenen Verletzung eines Sonderrechts ablehnen müßte (§ 273 Anm. V b 3).

3. Genehmigungsurkunden sind beizubringen bei Änderung des Gegenstands des Unternehmens in gewissen Fällen (§ 275 Anm. II d); ferner wenn die Herabsetzung von Grundkapitalanteilen unter den Nennbetrag von 1000 Mk. gemäß § 180 Abs. 2 oder die weitere Herabsetzung des Nennbetrags der bereits gemäß § 180 Abs. 2 ausgegebenen Kleinaktien erfolgen soll; wohl auch in anderen Fällen von Änderung derjenigen Satzungsbestimmungen, welche als wesentlich die früher erfolgte Erteilung einer Genehmigung gemäß § 180 Abs. 2 beeinflussend zu erachten sind. Für die Annahme, daß bei jeder Art von Satzungsänderungen die Genehmigungsurkunde beizubringen sei, wenn für die ursprüngliche Eintragung die Beibringung erforderlich war (so KGJ. 11 28), fehlt es an einem gesetzlichen Anhalt (zust. Staub⁸-Pinner Anm. 5). Über den Sonderfall einer Erhöhung des Grundkapitals vgl. § 284 Anm. II f 4, 5.

g. **Umfang der Prüfungsbefugnis und -pflicht des Registergerichts.** Vgl. § 12 Anm. VI, § 195 Anm. I g, § 273 Anm. V.

II. **Eintragung.** Vgl. § 198 Anm. I—III.

a. **Falls die Abänderung die im § 198 bezeichneten Angaben betrifft.** Dies sind Firma, Sitz, Gegenstand des Unternehmens, Höhe des Grundkapitals, Zeitdauer der Gesellschaft, Befugnis der Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren zur Vertretung der Gesellschaft. Der im § 198 genannte Tag der Feststellung der Satzung und die daselbst genannten Mitglieder des Vorstands können hier nicht in Betracht kommen, da sie einer Änderung durch Satzungsänderung nicht unterliegen. In dem obigen Fall sind die geänderten Bestimmungen und die Tatsache der Änderung einzutragen. In welchen Fällen eine Änderung der Vertretungsbefugnis von Vorstandsmitgliedern oder Liquidatoren einzutragen ist, wenn diese Änderung nicht durch Satzungsänderung geschieht, vgl. § 234 Anm. I d 2, § 296 Anm. I a 3—5.

b. **Falls die Abänderung andere als die im § 198 bezeichneten Angaben betrifft.** In solchen Fällen genügt die Eintragung, daß gemäß den bei den Gerichten eingereichten (näher zu bezeichnenden) Urkunden eine Änderung der Satzung stattgefunden habe.

III. **Bekanntmachung.** Über die in §§ 199, 201 vorgeschriebene Veröffentlichung vgl. § 199 Anm. II, § 201 Anm. V. Nicht das tatsächlich Veröffentlichte, sondern dasjenige, was nach den gesetzlichen Bestimmungen hätte veröffentlicht werden sollen, ist als maßgebend anzusehen, denn § 277 Abs. 2 verlangt eine öffentliche Bekanntmachung nur bezüglich derjenigen Bestimmungen, auf welche sich die in den §§ 199, 201 vorgeschriebenen Veröffentlichungen beziehen. Enthält die beschlossene Satzungsänderung eine Änderung derjenigen Bestimmungen, die nach §§ 199, 201 veröffentlicht werden sollen, ohne daß sie eingetragen werden, so sind auch die hierauf bezüglichen Satzungsänderungen bekannt zu machen. Enthält die Satzungsänderung keine derartige Bestimmung, so hat eine Bekanntmachung überhaupt nicht stattzufinden. In der Regel braucht daher nicht bekannt gemacht zu werden, daß eingetragen sei: „Eine Satzungsänderung hat stattgefunden; bezüglich ihres Inhalts wird auf das Protokoll der Generalversammlung verwiesen."

IV. **Wirkung der Eintragung.** Vgl. § 15 Anm. II b, § 274 Anm. I d. Der § 277 Abs. 3 bestimmt nur verneinend, daß solange der Beschluß nicht eingetragen sei, er jedenfalls keine Wirkung habe. Daraus folgt nicht etwa umgekehrt, daß er stets und gegenüber jedem wirksam sei, wenn er eingetragen ist (§ 273 Anm. V d). Allein entscheidend ist die Eintragung (selbst ohne Bekanntmachung) bei dem Registergericht des Sitzes. — Nach D. 158 ist die Zulässigkeit lediglich vorbereitender Maßnahmen oder Beschlüsse nicht durch die vorherige Eintragung der Satzungsänderung, mit welcher sie im Zusammenhang stehen, bedingt. Jedoch ist zweifelhaft, ob dieser Ausspruch in solcher Allgemeinheit als zutreffend anerkannt werden darf. Über Zulässigkeit einer durch Eintragung der Satzungsänderung bedingten und betagten Wahl vgl. § 231 Anm. II a 2, 4. Jedenfalls tritt keine Rückwirkung ein (vgl. RG. 24 54).

II. Erhöhung des Grundkapitals (§§ 278—287).

§ 278.

Erhöhungsbeschluß.

Eine Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien soll nicht vor der vollen Einzahlung des bisherigen Kapitals erfolgen. Für Versicherungsgesellschaften kann im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt werden. Durch Rückstände, die auf einen verhältnißmäßig unerheblichen Theil der eingeforderten Einzahlung verblieben sind, wird die Erhöhung des Grundkapitals nicht gehindert.

Sind mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden, so bedarf es neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der Aktionäre jeder Gattung; auf diese Beschlußfassung finden die Vorschriften des § 275 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Anwendung.

Sollen die auf die Kapitalserhöhung entfallenden neuen Aktien für einen höheren als den Nennbetrag ausgegeben werden, so ist der Mindestbetrag, unter dem die Ausgabe nicht erfolgen soll, in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals festzusetzen.

ADH. Art. 215a Abs. 1, 2. **Entw. I** § 253. **Entw. II** § 270.

I. **Verhältnis von Satzungsänderung, Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß und erfolgter Erhöhung oder Herabsetzung.**

a. **Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß** ein bedingter Satzungsänderungsbeschluß. Nach dem Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen (z. B. weil sonst bezüglich der Erhöhung eine Bestimmung über die erforderliche Mehrheit in der ungetrennt abstimmenden Generalversammlung fehlen würde) muß der Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß als ein Satzungsänderungsbeschluß angesehen werden (RGSt. 30 355, KG. 26 X 05 EntschFG. 6 2[illegible]). Dies ist auch in der Denkschrift an mehreren Stellen (S. 153 ff.) vorausgesetzt, wenngleich nicht unzweideutig ausdrücklich ausgesprochen. In M. 136 ist bemerkt, ausnahmsweise könne in der Satzung eine zukünftige Erhöhung des Grundkapitals schon derart vorgesehen sein, daß die letztere nicht als Satzungsänderung erscheint; indessen ist nicht zuzugestehen, daß ein solcher Fall möglich ist. — Der Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß ist jedoch nur ein bedingter Satzungsänderungsbeschluß, für sich allein — auch nach seiner Eintragung — bewirkt er daher jedenfalls keine Satzungsänderung, ermächtigt vielmehr nur zu deren Herbeiführung durch Erfüllung der Bedingung. Eine fernere Eigentümlichkeit des Erhöhungs- und des Herabsetzungsbeschlusses besteht darin, daß er wirksam ist auch, wenn er nur eine sachliche, nicht gleichzeitig eine entsprechende Fassungsänderung der Satzung enthält (vgl. § 274 Anm. I c 2). — Vor Eintritt der Bedingung ist eine Wiederaufhebung des Beschlusses auf Erhöhung (KG. 15 X 04 EntschFG. 5 65 KGJ. [illegible] A 221) oder Herabsetzung (§ 289 Anm. IV e) zulässig. Geht der Beschluß auf vollständige Aufhebung des früheren Beschlusses, so genügt nach allgemeiner Regel (§ 251 Abs. 1) einfache Stimmenmehrheit. Soll nur teilweise Aufhebung oder Abänderung des Inhalts des früheren Beschlusses erfolgen, so ist, da hierin ein anderweiter Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß (in Verbindung mit Aufhebung des früheren) liegen würde, die gleiche Mehrheit wie für den ursprünglichen Beschluß zu fordern.

b. **Erfolgte Erhöhung oder Herabsetzung** die Bedingung der Satzungsänderung. Die erfolgte Erhöhung oder Herabsetzung ist als die Bedingung anzusehen, unter welcher durch den voraufgehenden Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß die Satzungsänderung angeordnet ist. Mit dem Eintreten dieser Bedingung tritt daher die Satzungsänderung sofort als unbedingte in Kraft, ohne daß es eines erneuten Beschlusses der Generalversammlung bedarf. Das Eintreten der Bedingung wirkt jedoch in dieser Weise nur

wenn zu jener Zeit bereits die öffentlichrechtlichen Voraussetzungen für das Wirksamwerden des bedingten Beschlusses erfüllt waren. Zu diesen Voraussetzungen gehört namentlich die Eintragung des Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlusses im Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft (RGSt. 30 355). Der in einem (an sich in gültiger Weise ergangenen) Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß liegende bedingte Satzungsänderungsbeschluß wird daher als unbedingter wirksam, sobald erstens der Beschluß im Handelsregister des Sitzes eingetragen, und zweitens die Erhöhung bzw. Herabsetzung erfolgt ist. In welcher Reihenfolge dies geschieht, ist unerheblich (vgl. § 285). Über die Frage, wann die Erhöhung bzw. Herabsetzung „erfolgt" ist, vgl. unten Anm. II. Das „Erfolgen" der Erhöhung bzw. Herabsetzung ist nach Vorstehendem nur die Tatsache, die den früheren (bedingten) Satzungsänderungsbeschluß zu einem unbedingten macht; das „Erfolgen" selbst ist kein Satzungsänderungsbeschluß (dagegen Rehm § 117 VI). Auf das Erfolgen finden daher §§ 274—277 nicht Anwendung; ob trotzdem § 277 Abs. 3 entsprechend anwendbar, vgl. § 287 Anm. III.

c. **Änderung des bisherigen Wortlauts der Satzung** anläßlich eines Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlusses.

1. Regel. Liegt bereits in dem Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß eine Satzungsänderung (oben Anm. Ia), so ist an sich kein Raum für eine davon zu unterscheidende entsprechende „Satzungsänderung". Lautete die ursprüngliche Satzung: „das Grundkapital beträgt 100000 Mk.", ist demnächst beschlossen: „Das Grundkapital wird um 50000 Mk. erhöht", dieser Beschluß eingetragen, und die Erhöhung erfolgt, so lautet nunmehr die Satzung ohne weiteres: „Das Grundkapital beträgt 100000 Mk.; das Grundkapital ist um 50000 Mk. erhöht." Will nun die Gesellschaft an die Stelle dieser Fassung, in welcher der ursprüngliche Wortlaut und der Wortlaut des Erhöhungsbeschlusses nur äußerlich aneinandergereiht, nicht innerlich verschmolzen sind, eine andere einheitliche Fassung setzen, etwa: „Das Grundkapital beträgt 150000 Mk.", so liegt hierin nur eine Fassungsänderung (§ 274 Anm. IIb, D. 153). Sachlich ist daher gleichgültig, ob auch diese förmliche Änderung der Satzung erfolgt oder nicht. Insbesondere darf nicht etwa der Registerrichter die Eintragung, sei es des Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlusses, sei es der erfolgten Erhöhung oder Herabsetzung, von einer gleichzeitigen entsprechenden Neufassung der Satzung abhängig machen.

2. Ausnahme. Unter Umständen allerdings kann der bisherige Inhalt der Satzung ein derartiger sein, daß er, zusammengehalten mit dem sachlichen Inhalt des Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlusses zu einem dem zwingenden Recht widerstreitenden Ergebnis führen würde. Die ursprüngliche Satzung laute z. B.: „Das Grundkapital beträgt 100000 Mk., eingeteilt in 25 Anteile Litt. A zu 1000 Mk. und 75 Anteile Litt. B zu 1000 Mk. Auf alle jeweilig vorhandenen Anteile A zusammen entfällt die Hälfte, auf alle jeweilig vorhandenen Anteile B zusammen die andere Hälfte des Gesamtreingewinns. Jeder Anteil Litt. A verleiht 3 Stimmen, jeder Anteil Litt. B verleiht 1 Stimme." Nun werde beschlossen: „Das Grundkapital wird um 50000 Mk. herabgesetzt durch Einziehung von 50 Anteilen Litt. B." Ist dieser Beschluß eingetragen und die Herabsetzung erfolgt, so würde sich ergeben, daß, obgleich nunmehr keine Gattungsverschiedenheit zwischen den Anteilen A und den Anteilen B besteht, den Anteilen A ein anderes Stimmrecht zustände als den Anteilen B, was unzulässig ist (§ 252 Anm. IIIb 2). Diesem Mangel würde der Registerrichter entgegenzutreten haben (§ 195 Anm. Ig). Dies Entgegentreten muß aber bereits bei der Anmeldung des Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlusses geschehen; denn durch diesen — wenn auch bedingt durch Eintreten der Erhöhung oder Herabsetzung — würde in dem gegebenen Fall die Satzung eine gesetzwidrige werden. In solchen Fällen wird daher zu verlangen sein, daß bereits gleichzeitig mit dem Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß auch die Änderung der Satzung in jenen anderen Teilen als eine gleichfalls durch die erfolgte Erhöhung oder Herabsetzung bedingte zur Anmeldung gelangt (vgl. jedoch unten Anm. III). In diesen Fällen wird es sich in der Regel nicht um bloße Fassungsänderungen (§ 274 Anm. IIb) handeln.

II. **„Erfolgen" der Erhöhung bezw. Herabsetzung.** Welcher Zeitpunkt hierunter zu verstehen, war schon nach früherem Recht streitig (vgl. ROH. 18 426, KGJ. 9 22, Simon § 56). Auch das HGB. und die Denkschrift enthalten sich jeder Andeutung, was mit den wiederholt gebrauchten Worten „erfolgte Erhöhung" oder „erfolgte Herabsetzung" gemeint sein könnte, obgleich doch gerade hieran wichtige Wirkungen geknüpft werden. Welcher Begriff mit jenen Worten zu verbinden ist, bleibt unter diesen Umständen durchaus zweifelhaft.

a. **Die aufzuwerfende Frage** stellt sich dahin: Die Gesellschaft hat durch die Generalversammlung beschlossen, daß für die Zukunft das Grundkapital, d. h. ein willkürlich gewählter Wertmaßstab, an welchem nur bestimmte wirklich vorhandene Werte, insbesondere die Einlageversprechen und der unverteilbare Teil des Gesellschaftsvermögens gemessen werden sollen (§ 178 Anm. II a), anderweitig bestimmt werde. Man sollte an sich glauben, daß mit einem solchen Beschluß (und seiner Eintragung) die Wirkung der Feststellung jenes neuen Wertmaßstabs eintreten müsse (so für den Fall des Herabsetzungsbeschlusses in der Tat Rehm § 119 III B 1 und, außer bei bedingten oder betagten Beschlüssen Staub⁸-Pinner § 291 Anm. 7, 8). Gerade dies aber soll zweifellos nicht geschehen, denn das Gesetz verlegt das Eintreten der entscheidenden Wirkungen an einen anderen Zeitpunkt, eben an das „Erfolgen der Erhöhung bezw. Herabsetzung". Unter diesen Umständen kann mit diesem „Erfolgen" nur dreierlei gemeint sein: entweder liegt darin eine nochmalige Erklärung der Gesellschaft, daß fortan der neue Wertmaßstab zu grund zu legen sei, oder es liegt darin irgend ein tatsächlicher Vorgang, und als letzterer könnte wohl nur in Betracht kommen entweder die entsprechende tatsächliche Vermehrung oder Verringerung des Gesellschaftsvermögens oder die äußere Herstellung einer Übereinstimmung des Gesamtbetrags der einzelnen Grundkapitalanteile mit dem geänderten Betrag des Grundkapitals.

b. **Ist die tatsächliche Vergrößerung oder Verringerung des Gesellschaftsvermögens gemeint?** Man könnte zunächst geneigt sein, dies zu bejahen (so Rehm § 117 VI 3 g für den Fall der Erhöhung, gegenteilig § 119 III für den Fall der Herabsetzung), vorausgesetzt, daß — wie ja auch zutreffend wäre (§ 261 Anm. XI a 4) — bereits mit dem endgültigen Erwerb der Forderung auf Einzahlung bezw. der endgültigen Feststellung der Rückzahlungsschuld als einer auf reinem Gläubigerrecht (§ 250 Anm. III) beruhenden das Gesellschaftsvermögen als vergrößert bezw. verringert angesehen würde (so RG. 23 V 01 JW. 541⁹, wo Zeichnung als entscheidend erachtet). Für Bejahung spricht vor allem der gewöhnliche Wortsinn von Erhöhung oder Herabsetzung eines Kapitals, ferner auch, daß im Gesetz die anderen Möglichkeiten, insbesondere die einer nochmaligen endgültigen Erklärung der Gesellschaft, keinerlei Regelung gefunden haben. Für Verneinung spricht indessen schon der Gebrauch des Worts „Grundkapital". Dies Wort ist zwar im HGB. sowohl in der Bedeutung eines gewillkürten Wertmaßstabs wie auch in der Bedeutung eines jenem Wertmaßstab entsprechenden (ungetrennten) Teils des Gesellschaftsvermögens gebraucht (§ 178 Anm. II a), und beide Bedeutungen nebeneinander finden sich sogar innerhalb eines einzelnen Paragraphen (§ 288 Abs. 1 verglichen mit Abs. 2); dennoch ist wohl nicht anzunehmen, daß „Erhöhung des Grundkapitals" in der Wendung „Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals" etwas anderes bedeuten sollte als in der Wendung „Erfolgte Erhöhung des Grundkapitals", zumal die letztere Wendung auch in einem Fall (§ 278 Abs. 1 Satz 1, zu vergleichen mit § 280 Abs. 2) gebraucht wird, wo ersteres gemeint ist, und in einem anderen Fall (§ 313 Nr. 3) „Erhöhung des Grundkapitals" wohl gleichzeitig den Erhöhungsbeschluß und die erfolgte Erhöhung umfaßt. Für Verneinung spricht ferner, und wohl entscheidend, daß bei der Herabsetzung in häufigen Fällen überhaupt keine Verringerung des Gesellschaftsvermögens erfolgt, dieses vielmehr unverändert bleibt. So, wenn die Herabsetzung lediglich zur Deckung eines Verlustes erfolgt (sei es in Zusammenhang mit Verminderung der Zahl der Anteilrechte ohne deren entgeltliche Erwerbung, sei es in Zusammenhang mit einer Verminderung des Betrags der einzelnen Grundkapitalanteile, und trotzdem auch die künftigen Bilanzen keinen Gewinn ausweisen.

c. **Ist die äußere Herstellung einer Übereinstimmung des Gesamtbetrags der einzelnen Grundkapitalanteile mit dem geänderten Betrag des Grundkapitals gemeint?**

Zu einer derartigen Ansicht (sie wird für den Fall der Herabsetzung vertreten von Rehm § 119 III B 2 d) könnte der Wortlaut des § 290 verleiten, der eine „Verminderung der Zahl der Aktien durch Umtausch, Stempelung oder durch ein ähnliches Verfahren zur Ausführung der Herabsetzung des Grundkapitals" erwähnt, die Verminderung der „Aktien" also doch wohl als Mittel zur Ausführung der Herabsetzung bezeichnen will (vgl. auch § 288 Abs. 2: „in welcher Weise die Maßregel auszuführen ist"). Wäre diese Redewendung zutreffend, so würde daraus allerdings ableitbar sein, daß durch die Verminderung der „Aktien" (mag man nun hierunter Anteilrechte oder Mitgliedscheine verstehen) die Herabsetzung herbeigeführt werde. So heißt es in der Tat entsprechend in § 278: „Erhöhung durch Ausgabe neuer Aktien." Beide Redewendungen erscheinen in dessen ungenau aus folgenden Gründen.

Nirgend ist vorgeschrieben, daß der äußerlich auf den vorhandenen Mitgliedscheinen, in den Büchern der Gesellschaft oder dergl. genannte Gesamtbetrag aller vorhandenen Grundkapitalanteile („Gesammtnennbetrag aller Aktien") dauernd gleich hoch erhalten werden müsse wie das vorhandene Grundkapital (§ 179 Anm. III a). Daß dies nicht notwendig, ergibt z. B. der Fall einer Einziehung von Anteilrechten ohne Herabsetzung des Grundkapitals; werden bei einem Grundkapital von 100000 Mk. von den 100 Anteilrechten mit je 1000 Mk. Grundkapitalanteil 50 Anteilrechte eingezogen, so bleibt nach richtiger Ansicht das Grundkapital 100000 Mk., und trotzdem beträgt der äußerlich genannte Gesamtbetrag aller vorhandenen Grundkapitalanteile nur 50000 Mk. (§ 227 Anm. I c 2). [In Wahrheit allerdings bleibt in diesem Fall der bisherige Betrag der Grundkapitalanteile auch nicht einmal als „Nennbetrag der Aktien" im Sinn des Gesetzes erhalten, gleichgültig ob der Inhalt etwa vorhandener Mitgliedscheine eine Änderung erfährt oder nicht; denn für alle Beziehungen, für welche der Betrag des Grundkapitalanteils („Nennbetrag der Aktie") überhaupt erheblich ist, muß letzterer fortan als $\frac{100000}{50} = 2000$ Mk. betragend gerechnet werden.] Entsprechendes muß aber auch für den umgekehrten, hier in Betracht kommenden Fall gelten: Beträgt das Grundkapital 200000 Mk., eingeteilt in 100 Anteilrechte mit je 2000 Mk. Grundkapitalanteil, so besteht keine gesetzliche Vorschrift (über Auslegung des § 288 Abs. 2 vgl. § 288 Anm. IV d), welche verhinderte, das Grundkapital auf 100000 Mk. herabzusetzen, ohne daß irgend eine Einziehung oder Zusammenlegung von Anteilrechten oder äußerlich erkennbare Änderung im Betrag der einzelnen Grundkapitalanteile vorgenommen würde. In Wahrheit allerdings (z. B. für die Anwendung des anderenfalls leicht umgehbaren § 180) folgt auch hier der „Nennbetrag der Aktie" (Betrag des Grundkapitalanteils) unmittelbar der Änderung des Verhältnisses zwischen vorhandenem Grundkapital und Zahl der Grundkapitalanteile (vgl. RG. 28 58). Dies ist indessen lediglich eine Folge davon, daß der Begriff des „Betrags eines Grundkapitalanteils" auf jenes Verhältnis Bezug nehmen muß. Nicht etwa kann umgekehrt die Herabsetzung des Grundkapitals hier als eine Folge irgend eines Vorgangs hingestellt werden; es ist hier überhaupt kein die Herabsetzung begleitender äußerer Vorgang vorhanden.

Aus vorstehenden Erwägungen ergibt sich, daß die Herabsetzung des Grundkapitals grundsätzlich unabhängig ist von einer Verminderung der Zahl von Anteilrechten oder von einer Änderung der in den Mitgliedscheinen oder anderwärts enthaltenen Angabe des Betrags der Grundkapitalanteile. Daraus aber folgt unmittelbar, daß es nicht angängig ist, in dem Vermindern der Zahl von Anteilrechten oder dem Ändern des Inhalts der Mitgliedscheine das „Erfolgen" der Herabsetzung zu suchen. (Für die Erhöhung gilt an sich Entsprechendes [zweifelnd RG. 2 II 06 JW. 182[31]]; nur ist hier das Verhältnis nicht so klar, weil das Verbot einer Ausgabe unter Nennbetrag und das Gebot teilweiser Barzahlung in der Regel eingreifen.)

Das wahre Verhältnis zwischen Herabsetzung des Grundkapitals und etwaiger gleichzeitiger Verminderung der Anteilrechte oder etwaiger gleichzeitiger Herabsetzung der Nennbeträge in den Mitgliedscheinen ist nicht darin zu finden, daß die letzteren Maßnahmen zur Ausführung der ersteren stattfinden, vielmehr darin, daß beides unabhängig nebenein-

ander (wenn auch meist im Zusammenhang miteinander) geschieht, ersteres zum Zweck einer Änderung des Grundkapitals, letzteres zu einem ganz anderen Zweck, nämlich um die wünschenswerte Übereinstimmung zwischen dem in den Mitgliedscheinen genannten Nennbetrag und demjenigen, was im Sinn des Gesetzes als „Nennbetrag" anzusehen, trotz der bevorstehenden Herabsetzung zu erhalten. Der erwähnte Zusammenhang zwischen beiden Maßnahmen besteht aber nicht begrifflich, er beruht vielmehr, soweit er im Einzelfall vorhanden, ausschließlich auf dem Willen der Gesellschaft, daß die Herabsetzung erst gleichzeitig mit der geplanten Verminderung der Zahl von Anteilrechten bzw. der geplanten Änderung der Mitgliedscheine endgültig eintreten solle.

d. **Endgültige Erklärung, daß nunmehr erhöht bzw. herabgesetzt werde.** Ist die „erfolgte Erhöhung bzw. Herabsetzung" etwas anderes als der Erhöhungs- bzw. Herabsetzungsbeschluß (oben Anm. Ia, IIa), und liegt sie weder in der anläßlich der Änderung des Grundkapitals (§ 178 Anm. IIa) herbeigeführten Änderung im Bestand des Gesellschaftsvermögens (oben Anm. IIb), noch in der äußeren Herstellung einer Übereinstimmung des Gesamtbetrags der einzelnen Grundkapitalanteile mit dem geänderten Betrag des Grundkapitals (oben Anm. IIc), so bleibt wohl nichts anderes übrig, als daß man sie als eine Erklärung auffaßt, des Inhalts, daß die durch den Generalversammlungsbeschluß angeordnete Erhöhung bzw. Herabsetzung nunmehr endgültig eintreten, d. h. die Änderung des grundlegenden Wertmaßstabs („Grundkapital", oben Anm. IIb) von nun an endgültig wirksam werden solle. Schwierigkeiten entstehen allerdings dadurch, daß im Gesetz die Abgabe dieser Erklärung in keiner Weise geregelt ist, und mangels einer bestimmten Form der Abgabe in vielen Fällen zweifelhaft bleiben wird, ob und wann die Erklärung abgegeben ist. Die Vorschriften über Anmeldung der erfolgten Erhöhung bzw. Herabsetzung (§§ 284, 287 Anm. III, § 291) mildern zwar diesen Übelstand, beseitigen ihn aber nicht, denn die Anmeldung als solche (vgl. unten Anm. IIe) enthält nicht etwa jene Erklärung, setzt sie vielmehr als geschehen voraus.

e. **Durch wen und wie ist die Erklärung abzugeben?** Die Erklärung, daß nunmehr endgültig erhöht bzw. herabgesetzt werde, ist eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung der Gesellschaft. Sie ist abzugeben durch die gewöhnlichen Vertreter der Gesellschaft, in der Regel also (§ 231 Abs. 1) durch den Vorstand. Sie kann — wie jede Willenserklärung — ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Ersteres z. B. durch förmlichen Vorstandsbeschluß, letzteres z. B. durch Vermerkung der Änderung des Grundkapitalbetrags auf dem Aktienkapitalkonto in den Büchern der Gesellschaft, oder durch Vorlegung einer Bilanz unter Einsetzung des geänderten Grundkapitalbetrags, oder (vgl. entsprechend für Gebrauch der Firma RG. 22 60) durch Anmeldung der Änderung als erfolgt zum Handelsregister.

f. **Zeitpunkt** der Erklärung. Wird die Erklärung mehrmals abgegeben, so entscheidet die erste gültige Abgabe. Erfolgt die Erklärung als eine ausdrückliche, so ist hierdurch der maßgebende Zeitpunkt festgestellt. Als stillschweigende Erklärungen werden in den einzelnen Fällen verschiedene Handlungen vorwiegend häufig in Betracht kommen:

1. **Erhöhung.** Das „Erfolgen" der Erhöhung liegt — abgesehen von der Herausschiebung der Wirkung gemäß § 285, § 277 Abs. 3 (vgl. § 287 Anm. III) — vor dem Zeitpunkt der Eintragung der erfolgten Erhöhung (dagegen Staub[8]-Pinner § 287 Anm. 5), denn sonst könnte in § 284 nicht die Anmeldung der „erfolgten" Erhöhung erwähnt werden. Andererseits liegt das „Erfolgen" der Erhöhung nach dem Zeitpunkt des Erhöhungsbeschlusses (oben Anm. Ia; vgl. auch § 281 Abs. 1 Nr. 1). Eine stillschweigende Erklärung, daß nunmehr die Erhöhung erfolge, wird man hier (soweit Bareinlagen in Betracht kommen) spätestens in der Zuteilung (§ 189 Anm. IIb) von Grundkapitalanteilen an die Zeichner zu finden haben. Spätestens mit diesem Zeitpunkt verwandelt sich die in dem Erhöhungsbeschluß liegende aufschiebende Bedingung des Erfolgens der Erhöhung (oben Anm. Ia, b) in die auflösende Bedingung der Nichteintragung des Erfolgens vor Ablauf der Bindung des Zeichners (§ 281 Abs. 1 Nr. 4). — Daß in diesem Fall nur diese beschränkte Wirkung eintritt, daß also, selbst wenn die Erhöhung

beschlossen, der Beschluß eingetragen und die Erhöhung „erfolgt“ ist, in Wahrheit immer noch keine unbedingte Erhöhung vorliegt, ist eine Folge davon, daß in § 281 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 nicht folgerichtig (wenn auch mangels einer bestimmten Form des „Erfolgens“ notgedrungen) die Eintragung der erfolgten Erhöhung und nicht vielmehr das „Erfolgen“ der Erhöhung auf eine Stufe mit der in dem entsprechenden § 189 Abs. 3 Nr. 4 genannten „Errichtung“ (§ 182 Anm. III a) gestellt ist. — Über den Fall der Festsetzung nur eines Höchstbetrags im Erhöhungsbeschluß vgl. unten Anm. III.

2. **Herabsetzung.** Hier gestaltet sich die Anwendung der obigen Grundsätze verschieden je nach dem Zweck, zu welchem die Herabsetzung stattfindet (z. B. Rückzahlung von Grundvermögen, Erlaß von Einlageschulden, buchmäßige Ausgleichung von Verlusten, Freiwerden von Grundvermögen zu freiwilligen Rücklagen oder zu Zahlungen an Dritte; § 288 Anm. II) und je nachdem, ob im Zusammenhang damit eine Verminderung der Anteilrechtszahl, eine äußere Herabsetzung der Beträge von Grundkapitalanteilen oder keine derartige Maßregel stattfindet. Jeder einzelne der erwähnten Zwecke kann an sich auf jede der letzterwähnten drei Weisen erreicht werden. Hierdurch, und da der Zweck auch im Hinblick auf die Zeit, wann er erreicht werden soll, verschieden bestimmt werden kann, ergibt sich eine unübersehbare Zahl möglicher Fälle. Nur einige besonders häufig in Betracht kommende Gesichtspunkte sind daher im folgenden berührt:

α. Herabsetzung des Grundkapitals im Zusammenhang mit Verminderung der Zahl der Anteilrechte durch Einziehung oder Zusammenlegung. In der Regel wird in diesen Fällen die Erklärung, daß die Herabsetzung nunmehr endgültig erfolge, in derjenigen Maßregel zu finden sein, durch welche die Einziehung durchgeführt wird (vgl. KGJ. 9 22), und zwar so, daß nach dem Willen der erklärenden Gesellschaftsbehörde die Herabsetzung auch zeitlich mit der Durchführung der Verminderung zusammenfällt. Über den Zeitpunkt, in welchem eine Einziehung als durchgeführt zu gelten hat, vgl. § 227 Anm. I b. Der Zeitpunkt, wann eine Zusammenlegung als durchgeführt zu gelten hat, ist aus § 290 abzuleiten. Auch in diesen Fällen ist jedoch daran festzuhalten (oben Anm. II c), daß das „Erfolgen“ der Herabsetzung als solcher (d. h. soweit nicht etwa im Einzelfall der Wille der Gesellschaft die Herabsetzung an die Einziehung bzw. Kraftloserklärung knüpft) unabhängig ist von der Frage, ob die Einziehung oder Zusammenlegung rechtsgültig angeordnet ist (§ 227 Anm. II a), und ob die Art der Durchführung eine erlaubte war (§ 227 Anm. II b), insbesondere ob die Kraftloserklärung nichteingelieferter, die zusammengelegten Anteilrechte verbriefender Mitgliedscheine wirksam erfolgt ist (§ 290; vgl. auch Simon 217); in solchen Fällen wird an sich nicht die Herabsetzung unwirksam, sondern es treten nur andere Folgen ein, welche unter Umständen allerdings dahin führen, daß der nunmehrige Betrag des Grundkapitals vorübergehend nicht mehr übereinstimmt mit der Summe der Grundkapitalanteil-Beträge, die auf allen in Umlauf befindlichen Mitgliedscheinen verzeichnet sind. Eine solche äußere Nichtübereinstimmung ist aber nichts Unmögliches (oben Anm. II c).

β. Herabsetzung des Grundkapitals im Zusammenhang mit Vermerkung der entsprechenden Herabsetzung des Betrags der Grundkapitalanteile in einzureichenden Mitgliedscheinen. Das HGB. enthält keine ausdrückliche Erwähnung, wie in einem derartigen Fall die Einreichung der Mitgliedscheine erzwungen werden könnte. Erachtet man den § 290 für entsprechend anwendbar (§ 290 Anm. II d), und hat die Gesellschaft ein dementsprechendes Verfahren in Aussicht genommen, so wird das zu α Gesagte entsprechend auch für diesen Fall gelten.

γ. Herabsetzung des Grundkapitals ohne Zusammenhang mit Verminderung der Zahl von Anteilrechten oder äußere Änderung des Betrags der Grundkapitalanteile in den Mitgliedscheinen (oder vor Verminderung bzw. Änderung).

Falls Zweck der Herabsetzung die teilweise Rückzahlung von Grund-

vermögen („Grundkapital", § 288 Abs. 2). Auch in diesem Fall muß Herabsetzungsbeschluß und erfolgte Herabsetzung unterschieden werden, denn das Gesetz setzt eine solche Unterscheidung für alle Fälle der Änderung des Grundkapitals voraus. Daher ist nicht angängig, bereits an den Herabsetzungsbeschluß (so Staub[5] Art. 248 § 9; dagegen Simon 215; vgl. § 289 Anm. IV e) die Wirkung zu knüpfen, daß insoweit, wie eine Rückzahlung erfolgen soll, der einzelne Aktionär sofort ein (bedingtes und befristetes, § 289 Abs. 4) Gläubigerrecht (§ 250 Anm. III) erhalte, das er z. B. auch im Konkurs der Gesellschaft geltend machen könne. Andererseits ist es auch nicht angängig, mit Simon a. a. O. das „Erfolgen" der Herabsetzung grundsätzlich an die tatsächliche Rückzahlung zu knüpfen, denn hierdurch würde auf die tatsächliche Vermögensverringerung das entscheidende Gewicht gelegt (oben Anm. II b). Eine Herabsetzung „durch Rückzahlung von Grundkapital" (welchen Wortlaut Simon irrtümlich zu grund legt) ist im HGB. nicht erwähnt, sondern nur eine Herabsetzung „zur" Rückzahlung. Ein „Erfolgen" der Herabsetzung wird auch in diesem Fall in der Erklärung der ausführenden Gesellschaftsbehörde, daß die Herabsetzung nunmehr endgültig eintrete, zu finden sein (ähnlich Pinner § 289 Anm. VII). Eine solche Erklärung kann z. B. in der Vornahme einer Buchung liegen, durch welche der Betrag, um welchen die Herabsetzung nach dem Generalversammlungsbeschluß erfolgen soll, vom Aktienkapitalkonto abgeschrieben und den einzelnen Aktionären auf besonderem Konto gutgeschrieben wird. Sie kann auch, z. B. wenn eine solche Umbuchung nicht vorhergegangen ist, in einer tatsächlichen Rückzahlung von Geld oder der Hingabe anderer Vermögensgegenstände liegen. — Zu unterscheiden von der vorstehend behandelten Frage, wann die „Herabsetzung des Grundkapitals" (d. h. des grundlegenden Wertmaßstabs) erfolgt, ist die andere Frage, wann auf Grund dieser Herabsetzung Teile des bisherigen Grundvermögens der Gesellschaft ausgezahlt werden dürfen; nur die letztere Frage ist in § 289 Abs. 4 behandelt. Nirgend ist verboten, daß die „Herabsetzung des Grundkapitals" bereits vor Ablauf der Sperrzeit erfolgt (§ 289 Anm. IV d). Und selbst, wenn im Einzelfall wegen Nichtablaufs der Sperrzeit die Handlung, aus welcher die stillschweigende Erklärung der endgültigen Herabsetzung zu entnehmen, verboten ist, bleibt die Herabsetzungserklärung als solche dennoch wirksam.

Falls Zweck der Herabsetzung die Befreiung der Aktionäre von Einlageverpflichtungen. Hier gilt Entsprechendes wie vorstehend. Das „Erfolgen" der Herabsetzung, nämlich die stillschweigende endgültige Erklärung, kann liegen in einer Umbuchung, z. B. indem der Betrag der angeordneten Herabsetzung vom Aktienkapitalkonto abgeschrieben und einem (wegen Laufs der Sperrzeit zu bildenden) Reservefonds zugeschrieben wird. Das „Erfolgen" der Herabsetzung kann auch in einer Erklärung der Gesellschaft gegenüber den Aktionären liegen, daß sie diese von ihren Verpflichtungen befreie. Eine Erklärung der letztgedachten Art kann in einer Abstempelung oder in einem Umtausch der bisherigen Mitgliedscheine liegen (worauf Simon 216 entscheidenden Wert legen will; vgl. oben zu β); an sich sind jedoch Abstempelung und Umtausch für unerheblich zu erachten, da der Inhalt des Anteilrechts grundsätzlich unabhängig ist von der Beschaffenheit der Mitgliedscheine und unberührt durch etwaige falsche Beurkundung in letzteren (§ 179 Anm. II b). — Auch hier ist von der vorstehenden Frage die andere zu trennen, wann die Befreiung wirksam wird. Über letztere vgl. § 289 Anm. IV d.

III. Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß mit Angabe nur eines Höchstbetrags der Erhöhung oder Herabsetzung.

a. Wenn die Bestimmung des endgültigen Betrags der Willkür einer Gesellschaftsbehörde oder eines Dritten überlassen.

Bestritten ist, ob ein Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß, der nur einen Höchstbetrag der Erhöhung oder Herabsetzung angibt, zulässig ist. Die herrschende Meinung bejaht dies (RG. 55 68, RG. 23 V 01 JW. 540[9], LG. Frankfurt a/M. 20 V 96 ZHR. 47 121,

KG. 14 XI 04 EntschFG. 5 168 KGJ. 29 A 102, Ring Nr. 8, Esser Anm. 4, Simon 211, Goldmann Nr. 4). Gegen die Zulässigkeit KGJ. 14 23, Pinner Anm. II 1, Staub⁸-Pinner Anm. 9 Abs. 1. Eine mittlere Meinung bei Behrend § 136 Anm. 7. Das Kammergericht (KG. 22 IX 96 KGJ. 16 22, 25 I 97 HoldheimsMSchr. 131) will Herabsetzung unter Angabe eines Höchstbetrags nur zulassen, wenn der Übergangszeitraum genau begrenzt ist. Nicht klar erkennbar ist, welcher Fall dem Verfasser der Denkschrift vorschwebte bei dem Satz: „In manchen Fällen, wie z. B. nicht selten bei einer Erhöhung des Grundkapitals, ist es überhaupt nicht ausführbar, die endgültige Fassung des Statuts gleichzeitig mit dem Beschlusse, der die sachliche Änderung des Status herbeiführt, festzustellen" (D. 153).

Man kann zur Entscheidung dieser Frage nicht etwa die Bestimmung des § 274 Abs. 1 Satz 2 über die Zulässigkeit der Überlassung von Fassungsänderungen an den Aufsichtsrat heranziehen, indem man als den in seiner Fassung zu ändernden Satzungsänderungsbeschluß den Erhöhungs- bzw. Herabsetzungsbeschluß (oben Anm. Ia) ansieht. Dies tut auch nicht die Denkschrift a. a. O., denn sie zielt nur auf entsprechende Änderung des Wortlauts der bisherigen Satzung (oben Anm. Ic 1), was vorliegend nicht in Betracht kommt. Von Ermächtigung zur Fassungsänderung eines gleichzeitig gefaßten Generalversammlungsbeschlusses kann nur die Rede sein, wenn die Generalversammlung sich für eine bestimmte Fassung entscheidet und dem Aufsichtsrat eine Änderung dieser Fassung gestattet; nicht aber im vorliegenden Fall, wo bereits die Generalversammlung mehrere mögliche Fassungen, deren jede einem sachlich verschiedenen Inhalt entspricht, nebeneinanderstellt und den Aufsichtsrat zur Auswahl zwischen diesen Fassungen anweist. Die Auswahl im letzteren Fall ist keine Fassungsänderung, sondern das Treffen einer Wahl zwischen mehreren sachlich verschiedenen Satzungsänderungen (abw. Ring Nr. 8).

Die hier zu entscheidende Frage führt daher lediglich zurück auf die allgemeinere Frage, ob es — abgesehen von der in jedem Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß liegenden Bedingung „wenn die beschlossene Erhöhung bzw. Herabsetzung überhaupt erfolgt" (oben Anm. I b) — zulässig erscheint, daß die Generalversammlung einen Satzungsänderungsbeschluß des Inhalts faßt, eine bestimmte Satzungsänderung solle eintreten unter der Bedingung einer (auch ohne Eintragung wirksamen) Zustimmung einer anderen Gesellschaftsbehörde. Eine Verbindung mehrerer derartig bedingter Satzungsänderungsbeschlüsse läge in dem hier in Betracht kommenden Beschluß, die Satzung solle entweder den einen sachlichen Inhalt oder einen anderen sachlichen Inhalt haben, und einer anderen Gesellschaftsbehörde solle es freistehen, durch eine Willenserklärung (die zu ihrer Wirksamkeit nicht der Eintragung bedarf) festzustellen, welcher dieser verschiedenen Inhalte der maßgebende sein solle. Die Zulässigkeit eines solchen Beschlusses ist aber wohl zu verneinen, da sie nicht vereinbar erscheint mit der Regel des § 274 Abs. 1 Satz 1, daß eine Satzungsänderung nur durch die Generalversammlung beschlossen werden kann. Die Zulassung der in jedem Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß liegenden oben erwähnten Bedingung ist allerdings eine Ausnahme von jener Regel; man wird aber diese Ausnahmebestimmung nicht weiter ausdehnen dürfen, als das Gesetz selbst hierzu zwingt (vgl. oben Anm. I c 2). Anderenfalls würde auf diesem Weg die Ersehbarkeit des Satzungsinhalts aus dem Handelsregister stark gefährdet und zum Teil aufgehoben werden; es sei denn, daß man verlangt — wofür aber ein gesetzlicher Anhalt fehlt —, die Bedingung müsse bei Eintragung des Änderungsbeschlusses bereits erfüllt sein und dies bei der Eintragung berücksichtigt werden. Der Grundsatz des festen Grundkapitals könnte nahezu aufgehoben werden, wenn z. B. die erste nach Entstehung der Gesellschaft abgehaltene Generalversammlung gleichzeitig einen Erhöhungsbeschluß und einen Herabsetzungsbeschluß, beide mit hohem Höchstbetrag fassen würde (vgl. unten Anm. IV), und dem Vorstand überlassen bliebe, künftig jederzeit einen oder den anderen Beschluß nach seinem Gutdünken teilweise auszuführen. Auch die Vorschriften der §§ 282, 283 wären auf diesem Weg zu umgehen. So ist es z. B. vorgekommen, daß auf Grund eines Erhöhungsbeschlusses mit Höchstbegrenzung die Erhöhung nur teilweise erfolgte, dann Herabsetzungsbeschluß erging und die Herabsetzung erfolgte, und nunmehr ohne neuen Beschluß der Vorstand im Interesse der früheren Bezugsberechtigten mit dem früher unerledigten

Rest der Erhöhung vorging. — Will man im Gegensatz zu der hier verteidigten Ansicht Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlüsse mit Angabe eines Höchstbetrags zulassen, so wird endlich auch zweifelhaft, ob erst bei Erschöpfung des Höchstbetrags die Änderung des Grundkapitals „erfolgt" ist, und ob demgemäß die „erfolgte" Erhöhung bzw. Herabsetzung in diesem Fall nur einmal (was wegen Mangels einer Fristbegrenzung oft tatsächlich gleichbedeutend mit garnicht wäre) oder schon nach jeder Teiländerung anzumelden wäre (vgl. § 284 Anm. I a).

b. **Wenn die Bestimmung des endgültigen Betrags abhängig gemacht von äußerem Ereignis.** Von der vorstehend behandelten Frage zu unterscheiden ist, ob die Generalversammlung einen Beschluß des Inhalts fassen darf, eine Herabsetzung solle in einer durch ein künftiges, nicht im Willen einer anderen Gesellschaftsbehörde liegendes Ereignis zu bestimmenden Höhe und erst nach Eintritt jenes Ereignisses erfolgen (z. B. wenn die Höhe durch freiwilliges Erbieten von Aktionären zu gewissen Leistungen, Beispiel Beschluß Nr. 3 in JW. 01 540[9], oder durch die Höhe der bis zu bestimmtem Zeitpunkt eingegangenen Zeichnungen, bestimmt wird), und der Aufsichtsrat solle die so bestimmte Zahl äußerlich festsetzen. Dies ist für zulässig zu erachten (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 9 Abs. 2), denn hier ist die Tätigkeit des Aufsichtsrats auf Feststellung der endgültigen Fassung des Herabsetzungsbeschlusses beschränkt; es liegt nicht in seinem freien Willen, die eine oder die andere Zahl einzusetzen.

c. **Stillschweigende Höchstbegrenzung.** Die Höchstbegrenzung braucht nicht notwendig ausdrücklich ausgesprochen zu werden; vielmehr kann unter Umständen aus dem sonstigen Inhalt des Generalversammlungsbeschlusses hervorgehen, daß der dort angegebene Betrag der Erhöhung oder Herabsetzung nur als Höchstbetrag gemeint war. Dies ist dann ebenso wirksam wie eine ausdrückliche Bestimmung (RG. 14 XI 04 EntschFG. 5 169 KGJ. 29 A 103, Staub[8]-Pinner Anm. 9; abw. früher Pinner Anm. II 1). Im Zweifel aber ist ein Beschluß, der keinen Höchstbetrag nennt, so aufzufassen, daß die Erhöhung bzw. Herabsetzung zu einem niedrigeren als dem angegebenen Betrag unzulässig sein soll (RG. 14 XI 04 EntschFG. 5 170 KGJ. 29 A 103). Das Gleiche gilt für die Auslegung des Inhalts des Zeichnungsscheins (§ 281 Anm. II b 4).

IV. **Verbindung von Erhöhungs- und Herabsetzungsbeschluß.** Zulässig ist das gleichzeitige Beschließen einer Erhöhung und einer Herabsetzung (OLG. Hamburg 21 II 01 OLGRspr. 4 254, OLG. Dresden 11 XI 03 OLGRspr. 9 267). Dies kann in der Weise vorkommen, daß beide Beschlüsse unabhängig voneinander sind, oder auch so, daß nach dem Inhalt des Beschlusses die Erhöhung und Herabsetzung gleichzeitig vorgenommen werden und sich gegenseitig bedingen sollen. In ersterem Fall gehen beide Beschlüsse selbständig nebeneinander her, und es ist an sich auch nicht ausgeschlossen, daß jeder von beiden für sich allein ausgeführt wird (OLG. Dresden 11 XI 03 OLGRspr. 9 267); nur ist im Einzelfall zu beachten, ob etwa der betreffende Beschluß den bisherigen Bestand des Grundkapitals als Ausgangspunkt voraussetzte. Wird Erhöhung und Herabsetzung als sich gegenseitig bedingend beschlossen (z. B. wenn Zusammenlegung und gleichzeitige Neuausgabe stattfinden soll), so ist dies gleichfalls zulässig (ROH. 25 267, RG. 23 V 01 JW. 540[9], Staub[8]-Pinner § 290 Anm. 13, CosackHR. § 120 IV 1 b, Behrend § 143 VII, Pinner § 288 Anm. VI, Esser Anm. 4, Liebmann in HoldheimsMSchr. 98 183; vgl. Bolze 22 Nr. 514). Der Beschluß muß in diesem Fall gleichzeitig die Erfordernisse eines Erhöhungsbeschlusses und diejenigen eines Herabsetzungsbeschlusses erfüllen, und nur gleichzeitig dürfen demnächst Erhöhung und Herabsetzung erfolgen.

V. **Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien.**

a. **Erhöhung.** Zwar lautet die Fassung des § 278 Abs. 1 Satz 1: „die Erhöhung soll nicht erfolgen". Gemeint ist jedoch wohl, daß bereits der Erhöhungsbeschluß nicht vor Einzahlung des bisherigen Kapitals gefaßt werden solle. Bereits bei Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses ist die entsprechende Versicherung abzugeben (§ 280 Abs. 2), auch wenn die Erhöhung selbst erst später erfolgt.

b. **Grundkapital.** Vgl. § 178 Anm. II.

c. **Ausgabe der „Aktien"** bedeutet in § 278 nicht eine Ausgabe der Urkunden (wie an anderen Stellen § 184 Anm. I), vielmehr (wie in § 184) das Zuteilen eines Grundkapitalanteils (zust. Rehm § 117 VI C 3). Die Worte „durch Ausgabe neuer Aktien" sind wohl

als überflüssig anzusehen, denn es ist nicht ersichtlich, wie in anderer Weise das Grundkapitel erhöht werden könnte. An sich wäre allerdings denkbar, eine Erhöhung im Zusammenhang damit zu bewirken, daß lediglich der Betrag der bereits vorhandenen Grundkapitalanteile heraufgesetzt und die Einlagepflicht entsprechend erhöht würde. Indessen ist diese Erhöhungsweise im Gesetz nicht geregelt, und (zust. Rehm § 117 VI C 1, Staub[8]-Pinner Anm. 1) auch auf sie müßte jedenfalls § 278 zur Anwendung gebracht werden. — Die Zuteilung neuer Grundkapitalanteile gegen Zahlung oder Versprechen von Einlagen enthält die Aufnahme neuer Mitglieder in einen bestehenden Verein (vgl. RG. 32 248); die juristische Person der AG. ist nach der Erhöhung unverändert dieselbe wie vorher (M. 136; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 3; vgl. auch oben § 188 Anm. II b); nicht etwa ist (was RG. 2 134 annahm) die AG. nach Erhöhung eine andere als die frühere und nur allgemeine Rechtsnachfolgerin der früheren. In der Zuteilung neuer Grundkapitalanteile liegt kein Verkauf der neuen Anteilrechte (M. 135, RG. 32 248).

d. **„Durch** Ausgabe neuer Aktien." Diese Redewendung entspricht dem zur „Ausführung" in § 290. Sie erscheint indessen ungenau, da in Wahrheit die Erhöhung des Grundkapitals nicht durch Zuteilung von neuen Grundkapitalanteilen, sondern nur im Zusammenhang mit dieser Zuteilung erfolgt (oben Anm. II c, f 1).

VI. **Verbot der Erhöhung vor Einzahlung des bisherigen Kapitals.**

a. **Einzahlung.** Vgl. § 195 Anm. IV d. Unter Einzahlung ist hier — wie in § 179 Abs. 4, § 195 Abs. 3, § 217, § 218 (§ 179 Anm. VI b, § 195 Anm. IV a 1, § 217 Anm. I a 1, § 218 Anm. I b) — nur die Leistung einer Bareinlage zu verstehen (dementsprechend § 278 Abs. 1 Satz 3: „eingeforderten", § 280 Abs. 2: „Beträge"). Indessen ist dies Wort entsprechend — wie in §§ 179, 217 (§ 179 Anm. VI b, § 217 Anm. I a 1) — auch auf Nichtbareinlagen anzuwenden. — Über die Höhe der auf die neuen Grundkapitalanteile zu leistenden Einzahlungen bestimmt § 284 Abs. 3.

b. **Volle** Einzahlung. Von dem Erfordernis der vollen Einzahlung sind drei Ausnahmen gemacht:

1. Versicherungsgesellschaft (§ 278 Abs. 1 Satz 2). Die Satzung (§ 182 Anm. I) einer Versicherungsgesellschaft kann bestimmen, daß die Erhöhung des Grundkapitals vor voller Einzahlung des bisherigen Kapitals erfolgen darf.
2. Unerhebliche Rückstände (§ 278 Abs. 1 Satz 3). Rückstände hindern die Erhöhung nicht (abweichend bei der ursprünglichen Anmeldung der Gesellschaft, § 195 Anm. IV c), wenn sie auf einen verhältnismäßig unerheblichen Teil der eingeforderten Einzahlung verblieben sind (anders nach früherem Recht RGStr. 14 37). Soll trotz Vorhandenseins von Rückständen das Grundkapital erhöht werden, so sind bei Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses die rückständigen Beträge zu bezeichnen (§ 280 Abs. 2). Was als „ein verhältnismäßig unerheblicher Teil" der eingeforderten Einzahlung anzusehen, ist Frage des Einzelfalls (D. 156); die wirtschaftlichen Gesichtspunkte sind in den Vordergrund zu stellen. Aus dem Wortlaut des § 278 Abs. 1 Satz 3 wird geschlossen werden müssen, daß unerhebliche Rückstände nur dann unschädlich sind, wenn der rückständige Betrag eingefordert (§ 218 Anm. II) ist (Pinner Anm. II 3a). Trotzdem das Wort „einfordern" auf die nur auf Bareinlagen anwendbaren §§ 218, 195 Abs. 3 zu verweisen scheint, ist auch bezüglich der Zulässigkeit unerheblicher Rückstände eine entsprechende Anwendung auf Nichtbareinlagen für geboten zu erachten (vgl. oben Anm. VI a).
3. Übernahme des Vermögens einer AG. oder KAG. als Ganzes gegen Gewährung neuer, unter Erhöhung des Grundkapitals geschaffener Anteilrechte (§ 305 Abs. 1, § 320 Abs. 3).

c. **Bisheriges Kapital.** Aus § 278 Abs. 1 Satz 1 könnte man entnehmen wollen, daß hier absichtlich „Kapital" von „Grundkapital" unterschieden sei. Obgleich eine Unterscheidung gerechtfertigt gewesen wäre (§ 178 Anm. II a), ist sie jedoch nicht beabsichtigt. Denn in dem entsprechenden § 280 Abs. 2 steht letzteres Wort an Stelle des ersteren; umgekehrt in § 278 Abs. 3, § 287 ersteres Wort an Stelle des letzteren. — Was in § 278 „Einzahlung des Kapitals" genannt wird, ist — wenn man den nicht ausschließbaren Fall der Nichtbar-

Rest der Erhöhung vorging. — Will man im Gegensatz zu der hier verteidigten Ansicht Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlüsse mit Angabe eines Höchstbetrags zulassen, so wird endlich auch zweifelhaft, ob erst bei Erschöpfung des Höchstbetrags die Änderung des Grundkapitals „erfolgt" ist, und ob demgemäß die „erfolgte" Erhöhung bzw. Herabsetzung in diesem Fall nur einmal (was wegen Mangels einer Fristbegrenzung oft tatsächlich gleichbedeutend mit gar nicht wäre) oder schon nach jeder Teiländerung anzumelden wäre (vgl. § 284 Anm. I a.

b. **Wenn die Bestimmung des endgültigen Betrags abhängig gemacht von äußerem Ereignis.** Von der vorstehend behandelten Frage zu unterscheiden ist, ob die Generalversammlung einen Beschluß des Inhalts fassen darf, eine Herabsetzung solle in einer durch ein künftiges, nicht im Willen einer anderen Gesellschaftsbehörde liegendes Ereignis zu bestimmenden Höhe und erst nach Eintritt jenes Ereignisses erfolgen (z. B. wenn die Höhe durch freiwilliges Erbieten von Aktionären zu gewissen Leistungen, Beispiel Beschluß Nr. 3 in JW. 01 540⁹, oder durch die Höhe der bis zu bestimmtem Zeitpunkt eingegangenen Zeichnungen, bestimmt wird), und der Aufsichtsrat solle die so bestimmte Zahl äußerlich festsetzen. Dies ist für zulässig zu erachten (ebenso Staub⁸-Pinner Anm. 9 Abs. 2), denn hier ist die Tätigkeit des Aufsichtsrats auf Feststellung der endgültigen Fassung des Herabsetzungsbeschlusses beschränkt; es liegt nicht in seinem freien Willen, die eine oder die andere Zahl einzusetzen.

c. **Stillschweigende Höchstbegrenzung.** Die Höchstbegrenzung braucht nicht notwendig ausdrücklich ausgesprochen zu werden; vielmehr kann unter Umständen aus dem sonstigen Inhalt des Generalversammlungsbeschlusses hervorgehen, daß der dort angegebene Betrag der Erhöhung oder Herabsetzung nur als Höchstbetrag gemeint war. Dies ist dann ebenso wirksam wie eine ausdrückliche Bestimmung (KG. 14 XI 04 EntschFG. 5 169 KGJ. 29 A 103, Staub⁸-Pinner Anm. 9; abw. früher Pinner Anm. II 1). Im Zweifel aber ist ein Beschluß, der keinen Höchstbetrag nennt, so aufzufassen, daß die Erhöhung bzw. Herabsetzung zu einem niedrigeren als dem angegebenen Betrag unzulässig sein soll (KG. 14 XI 04 EntschFG. 5 170 KGJ. 29 A 103). Das Gleiche gilt für die Auslegung des Inhalts des Zeichnungsscheins (§ 281 Anm. II b 4.

IV. **Verbindung von Erhöhungs- und Herabsetzungsbeschluß.** Zulässig ist das gleichzeitige Beschließen einer Erhöhung und einer Herabsetzung (OLG. Hamburg 21 II 01 OLGRspr. 4 254, OLG. Dresden 11 XI 03 OLGRspr. 9 267). Dies kann in der Weise vorkommen, daß beide Beschlüsse unabhängig voneinander sind, oder auch so, daß nach dem Inhalt des Beschlusses die Erhöhung und Herabsetzung gleichzeitig vorgenommen werden und sich gegenseitig bedingen sollen. In ersterem Fall gehen beide Beschlüsse selbständig nebeneinander her, und es ist an sich auch nicht ausgeschlossen, daß jeder von beiden für sich allein ausgeführt wird (OLG. Dresden 11 XI 03 OLGRspr. 9 267); nur ist im Einzelfall zu beachten, ob etwa der betreffende Beschluß den bisherigen Bestand des Grundkapitals als Ausgangspunkt voraussetzte. Wird Erhöhung und Herabsetzung als sich gegenseitig bedingend beschlossen (z. B. wenn Zusammenlegung und gleichzeitige Neuausgabe stattfinden soll), so ist dies gleichfalls zulässig (ROH. 25 267, RG. 23 V 01 JW. 540⁹, Staub⁸-Pinner § 290 Anm. 13, Cohn § 120 IV 1 b, Behrend § 143 VII, Pinner § 288 Anm. VI, Esser Anm. 4, Liebmann HoldheimsMSchr. 98 183; vgl. Bolze 22 Nr. 514). Der Beschluß muß in diesem Fall gleichzeitig die Erfordernisse eines Erhöhungsbeschlusses und diejenigen eines Herabsetzungsbeschlusses erfüllen, und nur gleichzeitig dürfen demnächst Erhöhung und Herabsetzung erfolgen.

V. **Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer** [illegible]

a. **Erhöhung.** Zwar lautet die Fassung des § 278 Abs. [illegible] Erhöhung [illegible] erfolgen". Gemeint ist jedoch [illegible] bereits der [illegible] zahlung des bisherigen Kapitals [illegible] -stelle. [illegible] beschlusses ist die entsprech[illegible] abzu[illegible] Erhöhung selbst erst später [illegible]

b. **Grundkapital.** Vgl. § 178 An[illegible]

c. **Ausgabe der „Aktien"** bedeute[illegible] anderen Stellen § 184 Anm. [illegible] anteils (zust. Rehm § 117 VI[illegible]

etrag
durch
Nenn=
ger Be=
lls für
gsfrist
rweite
erenfalls
über auch
n ist „Be=
n Beträge"
allerdings
träge zu er=

82, 283) hat,
(vgl. § 282
; doch ist das
onären gleichen
zwar einen den
, daß zu einem
t diese fernere
nd (§ 235 Abs. 1),
gegen Ring § 278
lversammlung zwar
mmten Bezugspreis
reis festzusetzen (Ring
ie Unzulässigkeit einer

etrags. Ist die Fest=
ngs versäumt, so haben
höheren Ausgabebetrags
upt, nur zum Nenn=
282 Nr. 14; anscheinend
dessen bei Aufnahme des
s Recht einzuräumen sein.
Festsetzung im Erhöhungs=

Nicht bare Einlagen.

gemacht, die nicht durch
eine Vergütung für Ver=
übernimmt, so müssen der
son, von welcher die Gesell=
die Einlage zu gewährenden
nd zu gewährende Vergütung in
als festgesetzt werden.
die vorgeschriebene Festsetzung in
den hat, ist der Gesellschaft gegen=
7, 208 bleiben unberührt.

254. **Entw. II** § 271.

einlage mitberücksichtigt (oben Anm. VIa) — gleichbedeutend mit dem, was der § 211 als „Leistung von Kapitaleinlagen“ bezeichnet (§ 211 Anm. II).

d. **Verstoß gegen das Verbot** bewirkt nicht Nichtigkeit des Erhöhungsbeschlusses oder der neuen Anteilrechte („soll“; vgl. D. 155); auch nicht Anfechtbarkeit des Beschlusses (bestritten; § 271 Anm. III; vgl. oben Anm. Va). Das Verbot ist vor Übertretung gesichert nur durch die Notwendigkeit der Abgabe einer entsprechenden Versicherung bei Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses (§ 280 Abs. 2), durch die Strafbarkeit einer falschen derartigen Versicherung (§ 313 Nr. 3) und durch die allgemeinen Folgen von Obliegenheitsverletzungen der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat (§§ 241, 249).

VII. **Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über Grundkapitalanteile und Mitgliedscheine.** D. 159 bemerkt: „Daß die auf die Aktien und Interimsscheine bezüglichen allgemeinen Vorschriften des ersten Titels, insbesondere diejenigen über den Mindestbetrag der einzelnen Aktien (§ 180), über das Verbot der Ausgabe von Inhaberaktien vor der Vollzahlung (§ 179) und über die Unzulässigkeit der Ausgabe von Aktien unter Pari (§ 209), auch im Falle einer Erhöhung des Grundkapitals Anwendung finden, braucht im Gesetze nicht besonders ausgesprochen zu werden.“ Daß hier nur auf § 209, nicht auch auf § 184 Abs. 1 Bezug genommen, beruht offenbar nur auf einem Versehen. Ob § 184 Abs. 2 anwendbar, vgl. unten Anm. VIIIc 1. — Für ältere Gesellschaften vgl. EGHGB. Art. 24.

VIII. **Erfordernisse des Erhöhungsbeschlusses.**

a. **Die allgemeinen Erfordernisse aller Satzungsänderungsbeschlüsse** (§ 275 Anm. Ib, c) sind zu beobachten, da der Erhöhungsbeschluß ein Satzungsänderungsbeschluß ist (oben Anm. Ia). Eine Satzungsbestimmung, welche allgemein für „Satzungsänderungsbeschlüsse“ Bestimmungen, die von § 275 Abs. 1 abweichen, trifft, ist im Zweifel auch auf Erhöhungs- und Herabsetzungsbeschlüsse zu beziehen (zust. Ring Nr. 7, Goldmann Nr. 3; dagegen Esser Anm. 4).

b. **Sind mehrere Aktiengattungen** (§ 185 Anm. Ic) **vorhanden,** so bedarf es stets (D. 156), auch wenn die Voraussetzung (§ 275 Abs. 3) der Benachteiligung einer Gattung nicht vorliegt, der Beschlußfassung der Aktionäre jeder Gattung in gesonderter Abstimmung. Über die näheren Erfordernisse der Beschlußfassung der Aktionäre jeder Sondergattung und das Erfordernis besonderer Ankündigung dieser Sonderbeschlußfassungen vgl. § 275 Anm. IIIc.

c. **Soll Ausgabe über Nennbetrag** (§ 184 Anm. III) **erfolgen,** so ist der Mindestbetrag, unter dem die Ausgabe nicht erfolgen soll, in dem Erhöhungsbeschluß festzusetzen (§ 278 Abs. 3). Soll Ausgabe zum Nennbetrag erfolgen, so braucht hierüber im Erhöhungsbeschluß nichts vermerkt zu werden (LG. I Berlin 17 VIII 98 KGBl. 76).

1. Muß in der Satzung die Ausgabe über Nennbetrag zugelassen sein? Streitig ist, ob § 184 Abs. 2 sich auch auf die Erhöhung des Grundkapitals bezieht, oder ob der letztere Fall durch § 278 Abs. 3 erschöpfend geregelt ist. Der letzteren Ansicht wird zuzustimmen, und daher keine zulassende Satzungsbestimmung zu fordern sein (ebenso KG. 26 X 05 EntschFG. 6 202 OLGRspr. 11 391, Esser in HoldheimsMSchr. 00 34, Ring Nr. 10; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 12, Goldmann Nr. 18). Zwar sollten die allgemeinen Vorschriften des ersten Titels auch auf den Fall der Neuschaffung von Anteilrechten durch Erhöhung des Grundkapitals anwendbar sein (oben Anm. VII), und nach allgemeiner Regel würde der in § 278 Abs. 3 erwähnte Beschluß, da er nur stillschweigend eine Abweichung von der satzungsmäßigen Unzulässigkeit der Ausgabe über Nennbetrag enthalten würde, nicht genügen, um die Satzung insoweit zu ändern (§ 274 Anm. Ic 2). Indessen gilt doch gerade in letzterer Beziehung Gegenteiliges für den Erhöhungs- und Herabsetzungsbeschluß (§ 278 Anm. Ia), und daher ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber auch dem in den Erhöhungsbeschluß aufzunehmenden Beschluß über Ausgabe der neuen Anteilrechte über Nennbetrag die Wirkung verleihen wollte, daß er genüge, um ohne Fassungsänderung der Satzung diese inhaltlich dahin zu ändern, daß eine Ausgabe der gemäß diesem Erhöhungsbeschluß auszugebenden neuen Anteilrechte über Nennbetrag zulässig sei.

2. Muß der Ausgabebetrag gleich hoch für alle Anteile sein? Dadurch, daß nur der Mindestbetrag festzusetzen, ist zum Ausdruck gebracht, daß der Vorstand nach

seinem Ermessen die Zuteilung von Grundkapitalanteilen von einem jenen Mindestbetrag übersteigenden Einlageversprechen abhängig machen darf. Nicht entschieden durch die Fassung des § 278 Abs. 3 ist die Frage, ob der Ausgabebetrag, soweit er den Nennbetrag übersteigt, für alle Anteile ein gleich hoher sein muß. Mangels gegenteiliger Bestimmung des Gesetzes ist dies zu verneinen (§ 184 Anm. III). Daß jedenfalls für Zuteilung an Aktionäre, die ihr Bezugsrecht innerhalb der Bezugsfrist ausüben, ein anderer Ausgabebetrag festgesetzt werden kann, als für anderweite Zuteilung (Pinner Anm. II 2, CosackHR. § 120 III 6a), ist aus den — anderenfalls überflüssigen — Worten „an die Aktionäre" in § 282 Abs. 2 zu schließen. Aber auch sonstige Unterschiede erscheinen nicht gesetzlich ausgeschlossen; in solchen Fällen ist „Betrag" in § 281 Nr. 2 und § 282 Abs. 2 im Sinn von „die verschiedenen Beträge" auszulegen; die durch letztere Bestimmungen gebotene Bekanntmachung wird allerdings tatsächlich darauf hinwirken, die Festsetzung verschiedener Ausgabebeträge zu erschweren.

3. Bezugsberechtigung. Auch gegenüber Bezugsberechtigten (§§ 282, 283) hat, wenn ein Mindestbetrag im Erhöhungsbeschluß festgesetzt ist, der Vorstand (vgl. § 282 Abs. 2) das Recht, einen höheren Betrag als Bezugsbetrag zu bestimmen; doch ist das Recht jedes Aktionärs auf Nichtbenachteiligung gegenüber anderen Aktionären gleichen Rechts (§ 250 Anm. IIc 4) zu beachten. Hat die Generalversammlung zwar einen den Nennbetrag übersteigenden Mindestbetrag festgesetzt, aber ferner bestimmt, daß zu einem bestimmten Betrag den Aktionären der Bezug zu gewähren sei, so hat diese fernere Bestimmung wohl nur die Bedeutung einer Anweisung an den Vorstand (§ 235 Abs. 1), schafft aber nicht ein dahingehendes Sonderrecht jedes Aktionärs (dagegen Ring § 278 Nr. 10, § 282 Nr. 5, Staub[8]-Pinner § 282 Anm. 5). Hat die Generalversammlung zwar einen den Nennbetrag übersteigenden Mindestbetrag, aber keinen bestimmten Bezugspreis festgesetzt, so hat der Vorstand nach seinem Ermessen den Bezugspreis festzusetzen (Ring a. a. O., Staub[8]-Pinner a. a. O., Goldmann § 282 Nr. 14). Über die Unzulässigkeit einer Ausgabe unter Nennbetrag vgl. oben Anm. VII.

4. Unterlassung der Festsetzung eines Mindestausgabebetrags. Ist die Festsetzung eines den Nennbetrag übersteigenden Mindestausgabebetrags versäumt, so haben die bezugsberechtigten Aktionäre und andere vor Festsetzung eines höheren Ausgabebetrags bezugsberechtigt Gewordene ein Recht darauf, daß, wenn überhaupt, nur zum Nennbetrag zugeteilt wird (ebenso Ring § 282 Nr. 5, Goldmann § 282 Nr. 14; anscheinend dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 5). Dritten Zeichnern wird indessen bei Aufnahme des höheren Betrags in den Zeichnungsschein wohl nicht ein gleiches Recht einzuräumen sein.

d. **Sollen Nichtbareinlagen erfolgen**, so bedarf es hierüber einer Festsetzung im Erhöhungsbeschluß (§ 279).

§ 279.

Nicht bare Einlagen.

Wird auf das erhöhte Grundkapital eine Einlage gemacht, die nicht durch Baarzahlung zu leisten ist, oder wird auf eine Einlage eine Vergütung für Vermögensgegenstände angerechnet, welche die Gesellschaft übernimmt, so müssen der Gegenstand der Einlage oder der Uebernahme, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien oder die für den übernommenen Gegenstand zu gewährende Vergütung in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals festgesetzt werden.

Jedes Abkommen dieser Art, welches nicht die vorgeschriebene Festsetzung in dem Beschlusse der Generalversammlung gefunden hat, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Die Vorschriften der §§ 207, 208 bleiben unberührt.

ADH. — **Entw. I** § 254. **Entw. II** § 271.

I. **Nichtbareinlage und Übernahme unter Vergütungsanrechnung auf (Bar-)Einlage.**

a. **Nichtbareinlage.** Vgl. § 186 Anm. II a, c—e.

b. **Übernahme unter Vergütungsanrechnung auf (Bar-)Einlage.** Vgl. § 186 Anm. II b. Der § 279 behandelt nur den Fall einer Übernahme gegen Anrechnung der Vergütung auf die Einlage, nicht auch (wie bei Errichtung der Gesellschaft, § 186 Abs. 2) einen sonstigen Übernahmevertrag. Der hier allein behandelte Fall ist aber in Wahrheit ein Fall einer Nichtbareinlage (§ 186 Anm. II b). So wurde mit Recht als Nichtbareinlageversprechen aufgefaßt das Versprechen einer Bareinlage unter gleichzeitiger Gestattung der Aufrechnung mit einer Forderung gegen die Gesellschaft (RG. 42, 4). Nur insoweit die Vergütung angerechnet wird, greift § 279 ein; insoweit dies nicht geschieht, liegt ein gewöhnlicher Übernahmevertrag vor (§ 186 Anm. II c 3), für den — außer soweit darin etwa eine Nachgründung liegt — keine besonderen Bestimmungen gelten (§ 186 Anm. III d). Unter Umständen kann auch ein aus Überlassung, Nichtbareinlage und Bareinlage gemischtes Geschäft vorliegen; z. B. wenn jemand einen Gegenstand für 20000 Mk. überläßt, und 40 Anteile zu je 1000 Mk. übernimmt, worauf der überlassene Gegenstand als 50% Einzahlung übernommen werden soll.

II. **Festsetzung im Erhöhungsbeschluß.** Vgl. § 186 Anm. IV. Nachträgliche Streichung dieser Festsetzungen durch neuen Beschluß ist nur zulässig in den Fällen (vgl. § 186 Anm. IV), in denen auch die in § 186 geforderten Festsetzungen nachträglich gestrichen werden dürfen (KG. 18 I 04 KGJ. 27 A 228). Festzusetzen sind:

a. **Der Gegenstand der Einlage** (oder der Übernahme). Vgl. § 186 Anm. II a.

b. **Die Person des Einlegers** (oder des Überlassers). Einleger (und Überlasser unter Vergütungsanrechnung auf Einlage) kann nur sein, wer Grundkapitalanteile auf das zu erhöhende Grundkapital übernimmt.

c. **(Nenn-)Betrag der für die Einlage gewährten Grundkapitalanteile.** Vgl. § 186 Anm. III c. Liegt ein gemischtes Geschäft vor (oben Anm. I b), so sind alle in Betracht kommenden Zahlen anzugeben, insbesondere auch die für den ganzen teils überlassenen, teils eingelegten Gegenstand gewährte Vergütung, und der Betrag, in dessen Höhe die Einlage auf die gewährten Grundkapitalanteile als bewirkt angesehen werden soll.

III. **Wirkung eines Unterlassens der vorgeschriebenen Festsetzung.** Vgl. § 186 Anm. VI.

IV. **Vorschriften über Nachgründung.** Soweit sie eingreifen, sind sie neben dem § 279 anzuwenden. Die §§ 207, 208 betreffen nur Verträge (§ 208 Anm. I a), die innerhalb zwei Jahren nach Entstehung der Gesellschaft geschlossen sind; unter Abschluß ist dort die Auswechselung von Willenserklärungen zwischen dem Dritten und dem gewöhnlichen Vertreter der Gesellschaft zu verstehen, nicht erst die Zustimmungserklärung der Generalversammlung (§ 207 Anm. I a, d). Die Übernahme von Grundkapitalanteilen unter Nichtbareinlage ist als solche kein Vertrag (§ 186 Anm. II c, § 188 Anm. I); doch kann ein Vorvertrag vorangehen (§ 182 Anm. II b). Wenn letzteres der Fall, so sind §§ 207, 208 bereits auf den Vorvertrag anwendbar. Ist kein solcher geschlossen, so sind §§ 207, 208 unmittelbar überhaupt nicht anwendbar (dagegen Pinner Anm. IV); wohl aber entsprechend; letzteres jedoch nur in der Weise, daß dem Vertrag nicht der Erhöhungsbeschluß als solcher (vgl. auch § 277 Abs. 3), sondern die (in der Regel spätere, vgl. § 281 Anm. I) Zuteilung der Grundkapitalanteile (vgl. auch § 278 Anm. II f 1) gleichgestellt wird.

§ 280.

Anmeldung des Beschlusses.

Der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

In der Anmeldung ist die Versicherung abzugeben, daß das bisherige Grundkapital eingezahlt ist oder, soweit die Einzahlung nicht stattgefunden hat, daß darauf weitere als die in der Anmeldung bezeichneten Beträge nicht rückständig sind.

ADH. Art. 215a Abs. 3. **Entw. I** § 255. **Entw. II** § 272.

I. **Verhältnis zu § 277.** Der § 280 ist nicht erschöpfend; soweit er und § 286 keine Sonderbestimmungen enthalten, kommt § 277 zur Anwendung; denn auch der Erhöhungsbeschluß ist ein Satzungsänderungsbeschluß (§ 278 Anm. I a).

II. **Anmeldung.** Vgl. § 277 Anm. I. Verpflichtet zur Anmeldung bei dem Register des Sitzes der Gesellschaft sind — abweichend von der Regel bei Satzungsänderungsbeschlüssen (§ 277 Anm. I b) — sämtliche (§ 195 Anm. I b) Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats. Über den Ausschluß einer Erzwingung dieser Anmeldung durch Ordnungsstrafe (§ 319 Abs. 2) vgl. § 175 Anm. III, § 277 Anm. I c. Beizufügende Urkunden vgl. § 277 Anm. I f. Bei den Registern der außerhalb des Sitzes befindlichen Niederlassungen hat der Vorstand anzumelden (§ 286).

III. **Abzugebende Versicherung.** Entweder ist zu versichern, daß die auf das bisherige Grundkapital zu leistenden Einlagen bewirkt sind („das bisherige Grundkapital eingezahlt ist"; vgl. § 278 Anm. VI a, c), oder, daß ein anzugebender Teil der auf das Grundkapital zu leistenden Einlagen bewirkt ist, und daß, soweit die Leistung nicht bewirkt ist, weitere als die in der Anmeldung zu bezeichnenden Beträge nicht rückständig sind. Der Gebrauch der Mehrzahl „Beträge" soll wohl andeuten, daß, insoweit bezüglich einzelner Einlagen eine verschieden hohe Rückständigkeit besteht, dies im einzelnen anzugeben ist. „Rückständig" umfaßt hier nicht nur den Fall der „Rückstände" des § 278 Abs. 1 Satz 3. Vielmehr ist es hier nicht notwendig gleichbedeutend mit „fällig und nicht geleistet". Bei anderer Auslegung würde der Fall des § 278 Abs. 1 Satz 2 (Versicherungsgesellschaften) unter keine der beiden in § 280 Abs. 2 zugelassenen Möglichkeiten des Versicherungsinhalts zu bringen sein. Wenn aber der Fall des § 278 Abs. 1 Satz 2 nicht in Frage kommt, muß auch bei der Versicherung des § 280 Abs. 2 beachtet werden, daß als Rückstände nur bezeichnet werden darf was bereits „eingefordert" (§ 278 Anm. VI b 2) ist. Der Richter hat zu prüfen, ob die angegebenen Rückstände im Fall des § 278 Abs. 1 Satz 3 erheblich sind (vgl. D. 156); dagegen sind die Tatsachen des Nichtvorhandenseins größerer Rückstände und die Tatsache des Eingefordertseins der betreffenden Beträge in der Regel nicht nachzuprüfen, vielmehr durch die Versicherung gedeckt (§ 12 Anm. VI b). Über die Strafbarkeit wissentlich falscher Angaben bestimmt § 313 Nr. 3. — Die Versicherung braucht nicht abgegeben zu werden bei einer Erhöhung des Grundkapitals unter Gewährung der neu geschaffenen Anteile an eine AG. oder KAG., welche hiergegen ihr Vermögen als Ganzes an die erhöhende Gesellschaft überträgt (§ 305 Abs. 1, § 320 Abs. 3). — Bei Anmeldung zu den Registern der Zweigniederlassungen ist die Versicherung nicht abzugeben (§ 286 Anm. II b).

§ 281.

Zeichnung.

Die Zeichnung der neuen Aktien geschieht mittelst Zeichnungsscheins. Der Zeichnungsschein soll doppelt ausgestellt werden; er hat außer den im § 189 Abs. 2 bezeichneten Angaben zu enthalten:

1. den Tag, an welchem der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals gefaßt ist;
2. den Betrag, für welchen die Ausgabe der Aktien stattfindet, und den Betrag der festgesetzten Einzahlungen;
3. die im § 279 vorgesehenen Festsetzungen und, wenn mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung ausgegeben werden, den Gesammtbetrag einer jeden;
4. den Zeitpunkt, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister eingetragen ist.

Die Vorschriften des § 189 Abs. 4, 5 finden mit der Maßgabe entsprechende

Anwendung, daß an die Stelle der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister die Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals tritt.

ADH. Art. 215b Abs. 1. **Entw. I** § 256. **Entw. II** § 273.

I. **Zeichnung.** Vgl. § 189 Anm. II. Eine vor dem Erhöhungsbeschluß erfolgte Zeichnung ist als solche unwirksam (KG. 5 VI 99 KGJ. 19 8). — Über die Beziehung zwischen Zuteilung der Grundkapitalanteile und „Erfolgen" der Erhöhung des Grundkapitals vgl. § 278 Anm. IIf 1. Der § 281 erwähnt ohne Beschränkung die Zeichnung „der" neuen Aktien, während § 189 nur von Zeichnung der „übrigen" Aktien spricht. Hiernach muß bei Erhöhung des Grundkapitals auch der Nichtbar-Einleger zeichnen (vgl. § 189 Anm. IIIa 2. Die Bestimmungen des § 279 stehen nicht entgegen, da der Erhöhungsbeschluß als solcher die Gesellschaft nicht endgültig bindet (§ 278 Anm. Ia, § 279 Anm. IV). Ebenso ist anzunehmen, daß der sein Bezugsrecht geltend Machende zeichnen muß (§ 282 Anm. IIb). Die Gesellschaft selbst kann nicht Zeichner sein (M. 137), außer insoweit sie in Ansehung eigener Anteilrechte, die sie in wirksamer Weise erworben hat, ein Bezugsrecht ausübt (§ 226 Anm. Ia. — Ausdrücklich ausgeschlossen ist die Anwendbarkeit des § 281, insbesondere also die Notwendigkeit der Zeichnung, nur für den Sonderfall, daß die neugeschaffenen Anteilrechte an eine AG. oder KAG. gewährt werden, die hiergegen ihr Vermögen als Ganzes an die erhöhende Gesellschaft überträgt (§ 305 Abs. 1, § 320 Abs. 3).

II. **Zeichnungsschein.**

a. **Notwendigkeit.** Vgl. § 189 Anm. IIIa.

b. **Inhalt.**

1. Übernahme-Erklärung (§ 281 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2). Vgl. § 189 Anm. IIIb 1.
2. Tag des Erhöhungsbeschlusses (§ 281 Abs. 1 Nr. 1). Vgl. § 189 Anm. IIIb 2.
3. Ausgabebetrag und Betrag der festgesetzten Einzahlungen (§ 281 Abs. 1 Nr. 2). Vgl. § 189 Anm. IIIb 5. Der Zeichnungsschein muß klar erkennen lassen, ob der Zeichner sich zu einer Bareinlage oder zu einer Nichtbareinlage verpflichten will: ist die übernommene Gegenleistung weder eine Bareinlage, noch eine zulässige Nichtbareinlage, so ist der Zeichnungsschein nichtig (§ 195 Anm. IVa 2).
4. Zeitpunkt, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals (§ 284) in das Handelsregister eingetragen ist (§ 281 Abs. 1 Nr. 4). Vgl. § 189 Anm. IIIb 6. § 278 Anm. IIf 1. Wird das Erfolgtsein der Erhöhung nicht rechtzeitig eingetragen, so hat wegen etwa eingezahlter Beträge der Einzahler ein Gläubigerrecht auf Rückgabe (vgl. Bolze 22 Nr. 514, Pinner Anm. II; ebenso Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 1; dagegen nach früherem Recht ROH. 22 219). So insbesondere auch, wenn ohne Zustimmung des betreffenden Zeichners auf Grund neuen Generalversammlungsbeschlusses eine geringere als die im ursprünglichen Zeichnungsschein erwähnte Erhöhung eingetragen ist (RG. 55 68. Über Erhöhungsbeschlüsse, die nur einen Höchstbetrag der Erhöhung angeben, vgl. § 278 Anm. III.
5. Falls Nichtbareinlagen oder Übernahmen von Vermögensgegenständen unter Anrechnung der Vergütung auf die Einlage vereinbart sind, die in § 279 vorgesehenen Festsetzungen (§ 281 Abs. 1 Nr. 3). Vgl. § 189 Anm. IIIb 7, § 279 Anm. II.
6. Falls verschiedene Gattungen von Anteilrechten (§ 185 Anm. I) neu ausgegeben werden sollen, der Gesamtbetrag der auf jede Gattung entfallenden Grundkapitalanteile (§ 281 Abs. 1 Nr. 3). Vgl. § 189 Anm. IIIb 8.
7. Etwaige Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen. Über die Notwendigkeit einer Angabe derselben vgl. § 189 Anm. IIIb 9.

c. **Verstoß gegen Inhaltsvorschriften** (§ 281 Abs. 2). Vgl. § 189 Anm. IIIc, § 278 Anm. IIf 1.

d. **Heilung eines Verstoßes gegen Inhaltsvorschriften oder einer Überschreitung des Zeitraums der Gebundenheit** (§ 281 Abs. 2). Vgl. § 189 Anm. IIId, § 278 Anm. IIf 1. — Abweichend für früheres Recht RG. 42 5.

§ 282.

Bezugsrecht der Aktionäre.

Jedem Aktionär muß auf sein Verlangen ein seinem Antheil an dem bisherigen Grundkapital entsprechender Theil der neuen Aktien zugetheilt werden, soweit nicht in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ein Anderes bestimmt ist.

Der Betrag, zu welchem die neuen Aktien an die Aktionäre ausgegeben werden, ist von dem Vorstand in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. In der Veröffentlichung kann eine Frist für die Ausübung des Bezugsrechts bestimmt werden; die Frist muß mindestens zwei Wochen betragen.

ADH. — **Entw. I** § 257. **Entw. II** § 274.

I. **Entziehungs- oder Beschränkungsbeschluß.** Der Erhöhungsbeschluß kann das Bezugsrecht entziehen oder beschränken. Erst wenn dies nicht geschieht, wird das bis dahin hierdurch bedingte Bezugsrecht zu einem von jener Bedingung unabhängigen Sonderrecht des Aktionärs (§ 250 Anm. II c 7). Der Entziehungs- oder Beschränkungsbeschluß ist untrennbarer Teil des Erhöhungsbeschlusses („in dem Beschluß"), bedarf daher derselben Mehrheiten wie letzterer (zust. Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 2, Staub⁸-Pinner Anm. 2; dagegen verlangte früher Pinner Anm. I, nur einfache Stimmenmehrheit). Er darf auch nicht das anderweite Recht auf Nichtbenachteiligung gegenüber anderen Aktionären gleichen Rechts (§ 250 Anm. II c 4) verletzen. Ist im Erhöhungsbeschluß keine Entziehung oder Beschränkung enthalten, so kann eine solche nicht durch spätere Änderung des Erhöhungsbeschlusses erfolgen, da hierin eine Verletzung des nunmehr unbedingt gewordenen Sonderrechts liegen würde; doch steht nichts im Weg, das ganze bisherige Erhöhungsverfahren unerledigt zu lassen, es ganz von neuem zu beginnen und in den nunmehrigen neuen Erhöhungsbeschluß eine Entziehung oder Beschränkung des Bezugsrechts aufzunehmen. Eine Beschränkung oder Entziehung des Bezugsrechts im Erhöhungsbeschluß ist selbst dann zulässig, wenn die Satzung den jeweiligen Aktionären ausdrücklich ein Bezugsrecht einräumte (für früheres Recht Holdheim in HoldheimsMSchr. 98 123), denn jene frühere Zusicherung war der Gesellschaft gegenüber unwirksam (§ 283 Abs. 2). — Eine wirksame Entziehung oder Beschränkung des Bezugsrechts liegt auch in einer gemäß § 279 (gleichfalls im Erhöhungsbeschluß) vorgenommenen anderweiten Verfügung über die neuen Grundkapitalanteile durch deren Zuweisung an einen Nichtbareinleger oder an einen Überlasser von Vermögensgegenständen. — Kein Bezugsrecht besteht, wie ausdrücklich anerkannt (§ 305, § 320 Abs. 3), insbesondere bei Erwerb des Vermögens einer AG. oder KGA. als Ganzes gegen Gewährung neuer, unter Erhöhung des Grundkapitals geschaffener Anteilrechte.

II. **Inhalt des nicht entzogenen oder beschränkten Bezugsrechts.**

a. **Bezugsberechtigter** ist jeder Aktionär (§ 211 Anm. I a, § 254 Anm. I a). Hierunter ist derjenige zu verstehen, der während der Ausübungsfrist (unten IV) Aktionär ist (vgl. jedoch § 218 Anm. V, § 276 Anm. IV b 2), und von mehreren während dieser Frist bezüglich des betreffenden Anteilrechts Berechtigten der zuerst das Verlangen Stellende. Mit der Stellung des Verlangens löst sich aber das für den betreffenden Fall geltendgemachte Recht von dem Anteilrecht los. Wer das Verlangen gestellt hat, bleibt persönlich berechtigt aus dieser Geltendmachung. Sein Verhältnis ähnelt demjenigen des Inhabers eines abgetrennten Gewinnanteilscheins, wobei das „Erfolgen" der Erhöhung dem Gewinnverteilungsbeschluß entspricht (vgl. § 185 Anm. II a, § 213 Anm. II c). Das vom Anteilrecht losgelöste Bezugsrecht ist selbständig unter Lebenden und von Todes wegen übertragbar (vgl. RG. 11 V 01 JW. 484[7]). Über den Nachweis der Eigenschaft als Aktionär vgl. § 252 Anm. II. Auch der Strohmann ist Aktionär (§ 182 Anm. II c) und mithin in eigenem Namen bezugsberechtigt (RG. 11 V 01 JW. 485[7]). Die Ausübung eines zu einem Nachlaß gehörenden Bezugsrechts enthält, zumal gleichzeitig eine Gegenleistung übernommen werden muß (§ 195

Anm. IV a 2), keine lediglich zur Erhaltung des Nachlasses notwendige Maßregel (vgl. BGB. § 2038), ein einzelner Miterbe ist daher im Verhältnis zur AG. hierzu nicht berechtigt (RG. 44 249; vgl. auch § 225).

b. **„Auf sein Verlangen".** Das Bezugsrecht besteht nur darin, daß den Aktionären das Recht zum Erwerb neuer Anteilrechte eingeräumt wird. Die nachträgliche Auferlegung einer Verpflichtung zum Erwerb neuer Anteilrechte würde dem Sonderrecht der betreffenden Aktionäre widersprechen (§ 250 Anm. II c 9). Über die Frage, ob die Auferlegung einer solchen Verpflichtung nach öffentlichem Recht zulässig ist, vgl. § 212 Anm. III. Eine bestimmte Form ist für das „Verlangen" nicht vorgeschrieben. Aus § 281 ist jedoch wohl abzuleiten, daß die Ausstellung eines Zeichnungsscheins hinzukommen muß (vgl. § 281 Anm. I, § 284 Abs. 2 Nr. 1). Nimmt man dies an, so ergeben sich allerdings viele Zweifel über hiermit zusammenhängende Einzelheiten.

c. **Umfang** des Bezugsrechts. Jedem Aktionär muß ein seinem Anteil an dem bisherigen Grundkapital entsprechender Teil der neuen Grundkapitalanteile zugeteilt werden. Der Teil ist zu berechnen unter der Voraussetzung, daß alle Bezugsrechte ausgeübt würden. Soweit Bezugsrechte nicht ausgeübt werden, findet nicht etwa von neuem eine Verteilung der nicht bezogenen Grundkapitalanteile unter die beziehenden Aktionäre statt, sondern die nicht bezogenen Anteile werden für die Gesellschaft zu beliebiger Zuteilung frei. Die bisherigen Anteilrechte zählen nur in Höhe ihrer Grundkapitalanteile, ohne Rücksicht darauf, ob sie etwa zu verschiedenen Aktiengattungen gehören. Ergibt sich bei der anzustellenden Verteilungsberechnung, daß auf bisherige Anteilrechte Bruchteile von neuen Grundkapitalanteilen entfallen, so wird die Gesellschaft die nicht ohne Bruch teilbare Zahl von Grundkapitalanteilen in der Weise zuzuteilen haben, daß sie je einen Grundkapitalanteil mehreren Bezugsberechtigten als Mitberechtigten zu entsprechenden Anteilen zuteilt. Den mehreren Personen, für welche auf diese Weise eine Mitberechtigung (§ 225) an dem neuen Anteilrecht entsteht, bleibt überlassen, sich wegen desselben nach den Grundsätzen über eine Gemeinschaft nach Bruchteilen auseinanderzusetzen.

d. **Bezugsbetrag** (Bezugspreis). Vgl. § 278 Anm. VIII c. Ist bestimmt, daß die Anteile zum Nennwert bezogen werden können, so darf nicht die Zahlung eines weiteren Bauschbetrags für Stempel, Druck- und Ausfertigungskosten verlangt werden (RG. 26 VI 01 JW. 617[4]).

e. **In welchem Zeitpunkt wird der das Bezugsrecht Ausübende Mitglied?** Nicht schon durch Ausübung des Verlangens, sondern erst durch Zuteilung. Vor Zuteilung besteht nur ein Forderungsrecht auf Verschaffung der Mitgliedschaft. Eine Zuteilung liegt spätestens in der Rückgabe der alten Aktien mit Stempelaufdruck „Bezugsrecht ausgeübt". So auch, wenn zu dieser Zeit noch nicht alle Einzahlungen auf die neuen Anteilrechte geschehen sind und wenn die über die neuen Anteilrechte lautenden Mitgliedscheine erst später ausgefolgt werden.

III. **Bekanntmachung des Bezugsbetrags.** Die Veröffentlichung des Bezugsbetrags (§ 278 Anm. VIII c) ist von dem Vorstand (§ 234 Anm. I c) zu bewirken. Sie hat in der durch Satzung für alle Bekanntmachungen festgesetzten Form (§ 182 Anm. IV b 7) in den Gesellschaftsblättern (§ 219 Abs. 2) zu erfolgen.

IV. **Ausübungsfrist.** Der Gesellschaft (vertreten durch den Vorstand) steht frei, ob sie eine Frist für die Ausübung des Bezugsrechts bestimmen will. Die Fristsetzung ist in der Regel in die Bekanntmachung des Bezugsbetrags (oben Anm. III) aufzunehmen. Für zulässig zu erachten ist auch die Bestimmung einer Frist durch nachträgliche Bekanntmachung. Wird eine Frist bestimmt, so muß sie mindestens zwei Wochen (BGB. § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2; vgl. HGB. § 255 Anm. II) betragen. Im Fall der Auflegung zur öffentlichen Zeichnung kann die für die Aktionäre bestimmte Bekanntmachung auch noch gleichzeitig mit dem Beginn der Zeichnung geschehen; die letztere darf dann aber für die Aktionäre nicht vor dem Ablauf der Ausübungsfrist geschlossen werden (D. 157). Der Ablauf der Ausübungsfrist hat nur die Zulässigkeit der Zurückweisung einer verspäteten Geltendmachung zur Folge (D. 157).

V. **Verletzung des Bezugsrechts.**

a. **Im Erhöhungsbeschluß.** Der Erhöhungsbeschluß kann, da er das bedingte Bezugsrecht beschränken oder entziehen kann (oben Anm. I), eine Verletzung dieses Bezugsrechts als

solchen nicht enthalten, wohl aber die Verletzung anderer Sonderrechte oder Gesamtrechte (vgl. z. B. § 250 Anm. II c 4). Insoweit dies der Fall, kommen die gewöhnlichen Rechtsmittel gegen rechtsverletzende Beschlüsse (§§ 271 ff., § 273 Anm. II b 4, Anm. V) in Betracht.

b. **Bei Zuteilung oder in dem hierzu führenden Verfahren.** Derartige Verletzungen bewirken nicht die Ungültigkeit einer anderweit erfolgten Zuteilung und unterliegen nicht der Prüfung des Registergerichts, können vielmehr nur Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche gegen die Gesellschaft, unter Umständen auch gegen beteiligte Gesellschaftsbeamte (§ 241 Anm. IV c, § 249 Anm. IV) erzeugen (Pinner Anm. III). Sind die Anteilrechte tatsächlich bereits anderweit zugeteilt worden, so wird der bereits entstandene Schadensersatzanspruch nicht durch nachträgliches Angebot der Zuteilung an die Bezugsberechtigten wieder hinfällig (Bolze 12 Nr. 508). Im einzelnen gestalten sich die Rechtsbehelfe zum Teil verschieden, je nachdem die Verletzung vor oder nach Loslösung des Bezugsrechts vom bisherigen Anteilrecht (oben Anm. II a) geschehen ist, da im ersteren Fall die Verletzung eines Sonderrechts (§ 250 Anm. II a), im letzteren Fall die Verletzung eines Gläubigerrechts (§ 250 Anm. III) in Frage steht.

§ 283.

Zusicherung von Bezugsrechten.

Eine Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien kann nur unter Vorbehalt des im § 282 bezeichneten Rechtes der Aktionäre erfolgen.

Eine Zusicherung, die vor dem Beschlusse über die Erhöhung des Grundkapitals geschieht, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

ADH. Art. 215a Abs. 4. **Entw. I** § 258. **Entw. II** § 275.

I. **Zusicherung.** Eine solche Zusicherung kann durch Vorvertrag oder durch Vertrag zu gunsten Dritter erfolgen (RG. 47 82). Eine Satzungsbestimmung, durch welche bestimmte Bedingungen für die Aufnahme von Mitgliedern festgesetzt werden, hat in der Regel nur die Bedeutung einer inneren Anweisung an die Gesellschaftsbehörden, nicht aber die Gewährung eines Rechts auf Aufnahme an die Personen, die diese Bedingungen erfüllen (RG. 47 79).

II. **Zusicherer** ist die Gesellschaft. In der Regel wird nur eine vertragsmäßige (D. 157) Zusicherung in Betracht kommen. Die Gesellschaft wird daher hierbei vertreten durch ihre gewöhnlichen Vertreter. Über Zusicherungen im Erhöhungsbeschluß (z. B. an Nichtbareinleger oder Überlasser) vgl. unten Anm. V b. — Unter § 283 fällt nicht die persönliche Übernahme der Verpflichtung, das Bezugsrecht zu gunsten eines anderen auszuüben (RG. 21 IV 99 JW. 342[22]).

III. **Zusicherungsempfänger** können sowohl Aktionäre wie Dritte sein; erstere insbesondere bezüglich desjenigen Teils der neuen Grundkapitalanteile, welcher größer ist, als der ihrem bisherigen Anteil am Grundkapital entsprechende Teil.

IV. **Das zugesicherte Recht** kann nur bestehen in dem Anspruch auf Bezug gegen entsprechende Einlage (§ 195 Anm. IV a 2, § 284 Abs. 3). Über die Höhe des Bezugsbetrags vgl. § 278 Anm. VIII c. Ein zugesichertes Bezugsrecht ist im Zweifel dahin auszulegen, daß es nicht auch insoweit ausgeübt werden kann, als die Erhöhung des Grundkapitals nur eine nach Zusicherung erfolgte Herabsetzung des bei Zusicherung vorhandenen oder des später erhöhten Grundkapitals ausgleicht (RG. 47 27; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 7). — Die Zusicherung eines Bezugsrechts erlischt nicht durch Auflösung der AG. Es kann ausgeübt werden, wenn (§ 307) demnächst die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen wird. Ob Grundkapitalerhöhungsbeschlüsse auch während Liquidation zulässig, vgl. § 294 Anm. II d 2.

V. **Zeitpunkt** der Zusicherung.

a. **Vor Erhöhungsbeschluß.** Die Zusicherung eines Bezugsrechts, auch wenn sie mit Vorbehalt des Bezugsrechts der Aktionäre gegeben ist, darf frühestens gleichzeitig mit dem Erhöhungsbeschluß erfolgen. Eine früher erfolgte Zusicherung ist unwirksam. Über die Möglichkeit vorheriger Zusicherung in einem hinkenden Vertrag, der für die zusichernde Gesellschaft erst mit dem späteren Erhöhungsbeschluß verbindlich wird, vgl. § 305 Anm. III a. —

Da § 283 überhaupt nur von Zusicherung seitens der Gesellschaft handelt (unten Anm. II a), und da die Worte „der Gesellschaft gegenüber“ in dem Sinn von „sowohl zu gunsten wie zum Nachteil der Gesellschaft“ zu verstehen sind (§ 186 Anm. VI, § 235 Anm. III c 1), so haben diese Worte in § 283 Abs. 2 wohl keine besondere Bedeutung und sind nur zur größeren Verdeutlichung hinzugefügt.

b. **Bei oder nach Erhöhungsbeschluß.** Die Zusicherung kann nur unter Vorbehalt des Bezugsrechts der Aktionäre (§ 282) erfolgen. Im Zweifel ist dieser Vorbehalt als gewollt zu ergänzen (vgl. BGB. § 140). Steht jedoch fest, daß der Vorbehalt nicht gewollt ist, so ist die Zusicherung nichtig („kann“). — Die Notwendigkeit des Vorbehalts besteht nicht bezüglich einer im Erhöhungsbeschluß enthaltenen Zusicherung, soweit eine solche überhaupt mit Wirkung nach außen vorkommen kann (§ 250 Anm. IV c), da in dem Mangel eines solchen Vorbehalts die im Erhöhungsbeschluß zulässige (§ 282 Anm. I) Entziehung oder Beschränkung des Bezugsrechts der Aktionäre liegt (Pinner Anm. II 2). Insbesondere auch nicht bezüglich einer Zusicherung von Anteilrechten an eine AG. oder KAG., welche hiergegen ihr Vermögen als Ganzes an die zusichernde Gesellschaft überträgt (§ 305, § 320 Abs. 3 oder an einen anderen Nichtbareinleger oder Überlasser von Vermögensgegenständen (§ 282 Anm. I).

c. **Vor Inkrafttreten des HGB. erteilte Zusicherungen.** Die Bestimmungen der §§ 282, 283 Abs. 1 HGB. sind neu aufgenommen. Nach Art. 28 EGHGB. ist, um einer nicht beabsichtigten Auslegung vorzubeugen, bestimmt, das der § 283 Abs. 1, wonach bei Zusicherung von Bezugsrechten das in § 282 neu bestimmte Bezugsrecht der Aktionäre vorbehalten werden muß, nicht auf die vor dem Inkrafttreten des HGB. erteilten Zusicherungen Anwendung zu finden habe. — Unberührt bleibt die frühere Streitfrage, ob und inwieweit die Bestimmung des durch G. 18 VII 84 neu aufgenommenen Art. 215a Abs. 4 ADH. (jetzt § 283 Abs. 2 HGB.) auf die vor dem Inkrafttreten des G. 18 VII 84 zugesicherten Bezugsrechte anwendbar ist. Die Anwendbarkeit wurde verneint, die fortdauernde Wirksamkeit der vor jener Zeit zugesicherten Bezugsrechte also anerkannt in KB. 16 und demnächst für alle Arten von Bezugsrechten in ständiger Rechtsprechung (RG. 27 2, 28 79, 42 103, Bolze 13 Nr. 506, RG. 3 X 00 JW. 756[25], 11 V 01 JW. 484[7]). Indessen können nicht zwecks Berücksichtigung dieses Bezugsrechts Maßregeln ergriffen werden, die nach jetzigem Recht unzulässig sind, z. B. nicht Ausgabe unter Nennbetrag oder Schaffung von Grundkapitalanteilen unter 1000 Mk. in anderen Fällen als denen des § 180 Abs. 2, 3 (Staub[8]-Pinner Anm. 4). Ein Antrag, die Anwendbarkeit des § 283 Abs. 2 auch auf ältere Bezugsrechte auszusprechen, wurde in der Reichstagskommission mit Stimmengleichheit abgelehnt (KB. 145). Hierdurch ist indessen die frühere Streitfrage nicht entschieden. Denn wenn das frühere Gesetz die Bezugsrechte bereits für unwirksam erklärt hätte, würden sie durch das neue Gesetz nicht wiederaufleben, gleichgültig wie man das letztere auslegt. — Durch Einführung des ADH. und insbesondere dessen Art. 180 (entsprechend jetzt § 186 Abs. 1) sind nicht die bereits vorher begründeten Bezugsrechte beseitigt worden (ROH. 17 146).

§ 284.

Anmeldung des Erfolgtseins. Bekanntmachung.

Die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung sind beizufügen:

1. die Duplikate der Zeichnungsscheine und ein von den Mitgliedern des Vorstandes unterschriebenes Verzeichniß der Zeichner, welches die auf jeden entfallenen Aktien sowie die auf die letzteren geschehenen Einzahlungen angiebt;

2. im Falle des § 279 die Verträge, welche den dort bezeichneten Festsetzungen zu Grunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind;
3. eine Berechnung der für die Gesellschaft durch die Ausgabe der neuen Aktien entstehenden Kosten;
4. wenn die Erhöhung des Grundkapitals mit Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf, sowie in den Fällen des § 180 Abs. 2 die Genehmigungsurkunde.

Die Vorschriften des § 195 Abs. 3 finden Anwendung.

Die der Anmeldung beigefügten Schriftstücke werden bei dem Gericht in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift aufbewahrt.

In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, ist auch der Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, aufzunehmen.

ADH. Art. 215 b Abs. 2. **Entw. I** § 259 Abs. 1—4. **Entw. II** § 276.

I. **Erfolgte Erhöhung des Grundkapitals.**

a. **Begriff.** Vgl. § 278 Anm. I b, II a—e. Die Erhöhung muß in gleichem Umfang erfolgt sein, wie sie beschlossen war; ein nur teilweises Erfolgtsein der beschlossenen Erhöhung darf nicht eingetragen werden (so für die GmbH., bei der die Anmeldung des Beschlusses erst nach Erfolgtsein zu bewirken, KG. 14 XI 04 KGJ. 29 A 104, OLG. Hamburg 18 I 05 KGJ. 29 A 267). War Erhöhung nicht um einen festen Betrag, sondern bis zu einem Höchstbetrag in zulässiger Weise beschlossen (§ 278 Anm. III), so darf Erhöhung zum geringeren Betrag als erfolgt eingetragen werden. Über die Nichtanwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen der §§ 274—277 auf das Erfolgen der Erhöhung vgl. § 278 Anm. I b; bezüglich des § 277 Abs. 3 vgl. jedoch § 287 Anm. III. Verbindung von Erhöhung mit Herabsetzung vgl. § 278 Anm. IV.

b. **Zeitpunkt.** Vgl. § 278 Anm. II f 1. Bei Festsetzung nur eines Höchstbetrags der Erhöhung im Erhöhungsbeschluß vgl. § 278 Anm. III.

II. **Anmeldung.** Über die Anmeldung bei den Registern von Zweigniederlassungen vgl. auch § 286. Über das Verhältnis der Anmeldung des Erfolgtseins der Erhöhung zu der Anmeldung einer etwa beschlossenen entsprechenden Fassungsänderung der Satzung vgl. § 278 Anm. I c.

a. **Zuständiges Gericht.** Die Anmeldung hat sowohl bei dem Registergericht des Sitzes wie auch bei den Registergerichten der nicht am Ort des Sitzes befindlichen Niederlassungen zu erfolgen (§ 13 Abs. 1, § 13 Anm. I c, § 286). Für die Anmeldung bei den letzteren Gerichten gelten aber Besonderheiten (§ 286).

b. **Anmelder.** Vgl. § 280 Anm. II. Bei den Registern der außerhalb des Sitzes befindlichen Niederlassungen hat der Vorstand anzumelden (§ 286).

c. **Ausschluß der Erzwingung durch Ordnungsstrafe.** Hierüber bestimmt § 319 Abs. 2. Vgl. § 175 Anm. III, § 277 Anm. I c, § 287 Anm. III.

d. **Form** der Anmeldung. Vgl. § 12 Anm. I, § 195 Anm. I d.

e. **Inhalt** der Anmeldung. Die nachstehend zu 2 und wohl auch die zu 3 erwähnte Erklärung ist nicht erforderlich für die Anmeldung bei den Registergerichten der nicht am Ort des Sitzes befindlichen Niederlassungen (§ 286 Anm. II b).

1. Erklärung, daß die Erhöhung des Grundkapitals erfolgt sei (§ 284 Abs. 1). Ist Erhöhung um einen fest bestimmten Betrag beschlossen, so muß die beschlossene, nicht irgend eine Erhöhung erfolgt sein (RG. 55 68, KG. 14 XI 04 OLGRspr. 10 243).
2. Erklärung, „daß auf jede Aktie, soweit nicht andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen bedungen sind, der eingeforderte Betrag bar eingezahlt und im Besitze des Vorstands ist" (§ 284 Abs. 3, § 195 Abs. 3 Satz 1). Vgl. § 195 Anm. I e 2, IV. Der bar eingezahlte Betrag muß mindestens ein Viertel des Nennbetrags der Grundkapitalanteile und das volle Aufgeld umfassen (§ 284

Abs. 3, § 195 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2). Über die Strafbarkeit wissentlich falscher Angaben bestimmt § 313 Nr. 3. — Der Nichtbareinleger, trotzdem er in die Zeichnerliste aufzunehmen ist (unten zu f 1), braucht — außer wenn das Gegenteil vereinbart — nicht vor Anmeldung des Erfolgtseins zu leisten (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 2, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 9; Gegenteil vorausgesetzt in D. 168, vgl. § 305 Anm. III e 2), denn Erfolgtsein der Erhöhung ist nicht gleichbedeutend mit Erfolgtsein der Einlegung (§ 278 Anm. II b), und § 195 Abs. 3, auf welchen der § 284 Abs. 3 als auf die einzige Vorschrift über das Erfordernis der Einlegung vor Anmeldung zurückverweist, bezieht sich nicht auch auf Nichtbareinlagen (§ 195 Anm. IV a 1). Aus gleichem Grund wäre die Versicherung der (Bar-)„Einzahlung" gegenstandslos und braucht daher nach ausdrücklicher Vorschrift (§ 305 Abs. 1, § 320 Abs. 3) nicht abgegeben zu werden im Fall der Übernahme des Vermögens einer AG. oder KAG. als Ganzes gegen Gewährung der neuen Anteilrechte, auf welche sich die Erhöhung bezieht.

3. Angabe des Ausgabebetrags (§ 278 Anm. VIII c; vgl. § 282 Anm. III) und des auf diesen Ausgabebetrag (also: auf die „Kapitaleinlage", § 184 Anm. I) bar eingezahlten Betrags (§ 284 Abs. 3, § 195 Abs. 3 Satz 2). Vgl. § 195 Anm. I e 3. Da „Ausgabebetrag" gleichbedeutend ist mit Höhe des Kapitaleinlage-Versprechens (§ 184 Anm. I), so ist hierunter nur der Betrag verstanden, zu dem für Rechnung der Gesellschaft die „Aktien ausgegeben" werden (D. 159). Der angegebene Ausgabebetrag ist bei Bekanntmachung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals mit zu veröffentlichen (unten Anm. IV). Über die Strafbarkeit wissentlich falscher Angabe bestimmt § 313 Nr. 3.

f. **Beizufügende Urkunden** (§ 284 Abs. 2). Dies gilt nur für die Anmeldung zum Register des Sitzes (§ 286).

1. Die Doppel der Zeichnungsscheine (§ 281 Anm. II) und ein von den Mitgliedern des Vorstands (d. h. denjenigen Mitgliedern, welche zur Zeit der Anmeldung Vorstandsmitglieder sind, § 234 Anm. I c) unterschriebenes Verzeichnis der Zeichner (vgl. § 281 Anm. I), welches die auf jeden entfallenen Grundkapitalanteile (§ 179 Anm. III), sowie die auf die letzteren geschehenen Einzahlungen (§ 284 Abs. 3, § 195 Anm. IV) angibt; § 284 Abs. 2 Nr. 1. Vgl. § 195 Anm. I f 7. — Der Nichtbareinleger, da er zeichnen muß (§ 281 Anm. I), ist zwar in das Zeichnerverzeichnis aufzunehmen, und seine Zeichnungsscheine sind zu überreichen; andererseits braucht er vor Anmeldung des Erfolgtseins nichts zu leisten (oben zu e 2). Werden die neugeschaffenen Anteilrechte an eine AG. oder KAG. gewährt, die hiergegen ihr Vermögen als Ganzes überträgt, so ist eine Zeichnung dieser Anteilrechte nicht notwendig, und es sind daher in diesem Fall weder Zeichnungsscheine noch Zeichnerverzeichnis zu überreichen (§ 305 Anm. III e 1, § 320 Abs. 3).
2. Falls eine Nichtbareinlage oder eine Übernahme von Vermögensgegenständen gegen Anrechnung der Vergütung auf die Einlage erfolgt (§ 279), die Verträge, welche den hierüber gemäß § 279 in den Erhöhungsbeschluß aufzunehmenden Festsetzungen „zugrunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind"; § 284 Abs. 2 Nr. 2. Vgl. § 195 Anm. I f 4. — Ob der Nichtbareinleger in die Zeichnerliste aufzunehmen ist, vgl. oben zu f 1, ob er vor Anmeldung des Erfolgtseins leisten muß, vgl. oben zu e 2.
3. Berechnung der Kosten, welche für die Gesellschaft durch die „Ausgabe der neuen Aktien" entstehen; § 284 Abs. 2 Nr. 3. Vgl. § 195 Anm. I f 6. Die Worte „für die Gesellschaft" entsprechen den Worten „zu Lasten der Gesellschaft" in § 186 Abs. 3. „Ausgabe neuer Aktien" bedeutet hier Zuteilung neuer Grundkapitalanteile (vgl. § 184 Anm. I), und dies ist ausdehnend auszulegen als Schaffung und Unterbringung der neuen Anteilrechte. Welche einzelne Arten von Kosten als „durch die Ausgabe der neuen Aktien entstehend" anzusehen, vgl. § 262 Anm. II b 2. Man wird nicht verlangen können, daß mit der Anmeldung der erfolgten Erhöhung so lange gewartet werde, bis der Betrag der Kosten endgültig genau feststeht. Man denke z. B. an die Möglichkeit eines Rechtsstreits über die Höhe der zu entrichtenden Steuer (vgl. § 186 Anm. V c). Soweit die Kosten noch nicht endgültig feststehen, muß daher die Einreichung eines Anschlags oder

die sonstige Mitteilung der für ihre Schätzung in Betracht kommenden Tatsachen genügen (ebenso Esser Anm. 3; dagegen Ring Nr. 2). Abweichend von § 195 Abs. 2 Nr. 2 ist in § 284 Abs. 2 Nr. 3 nicht ausdrücklich verlangt, daß die Kosten „nach Art und Höhe und die Empfänger einzeln aufzuführen sind". Soweit eine derartige genaue Bezeichnung einzelner Posten nicht bereits durch die Notwendigkeit der Vorlegung einer „Berechnung" erforderlich wird, kann daher bei Anmeldung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals eine Angabe jener Einzelheiten nicht verlangt werden.

4. Falls mit Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Erhöhung des Grundkapitals nur mit staatlicher Genehmigung zulässig ist, die Genehmigungsurkunde; § 284 Abs. 2 Nr. 4. Vgl. § 195 Anm. I f 12.
5. In den Fällen des § 180 Abs. 2 die Genehmigungsurkunde; § 284 Abs. 2 Nr. 4. Vgl. § 195 Anm. I f 13. Die Worte „in den Fällen des § 180 Abs. 2" sind wohl beschränkend dahin auszulegen, daß nur, wenn von neuem Kleinaktien ausgegeben werden sollen, die Genehmigung des Bundesrats, und mithin die Vorlegung einer Genehmigungsurkunde, erforderlich ist (ebenso Esser § 180 Anm. 2). Über den Fall einer Satzungsänderung in anderer Beziehung als durch Erhöhung des Grundkapitals, wenn früher Bundesratsgenehmigung zur Ausgabe von Kleinaktien erfolgt war, vgl. § 275 Anm. II d, § 277 Anm. I f 3.

g. **Umfang der Prüfungsbefugnis und -pflicht des Registergerichts.** Vgl. § 12 Anm. VI, § 195 Anm. I g.

III. **Eintragung.** Ob sie nur erklärend oder vielmehr in entsprechender Anwendung des § 277 Abs. 3 begründend wirkt, vgl. § 287 Anm. III.

IV. **Bekanntmachung.** Die erfolgte Erhöhung ist einzutragen (§ 284 Abs. 1 „zur Eintragung") und infolgedessen nach Eintragung auch bekannt zu machen (§ 10). Daß erst gleichzeitig mit der erfolgten Erhöhung (§ 284 Abs. 5), und nicht bereits gleichzeitig mit dem Erhöhungsbeschluß der Ausgabebetrag bekannt gemacht werden soll, hat darin seinen Grund, daß diese Bekanntmachung nicht zu gunsten der Zeichner erfolgt (welche ohnedies durch den Inhalt des Zeichnungsscheins den für sie maßgebenden Ausgabebetrag erfahren, § 281 Abs. 1 Nr. 2), sondern daß die Bekanntmachung denjenigen Kenntnis verschaffen soll, welche die Anteilrechte demnächst von den ersten Zeichnern erwerben (vgl. § 199 Anm. II b 2, D. 159). — Über die Bekanntmachungen der Registergerichte der nicht am Ort des Sitzes befindlichen Niederlassungen vgl. § 286 Anm. III.

§ 285.

Verbindung beider Anmeldungen und Eintragungen.

Die Anmeldung und Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals kann mit der Anmeldung und Eintragung des Beschlusses über die Erhöhung verbunden werden.

ADH. — **Entw. I** § 259 Abs. 5. **Entw. II** § 277.

Dem Ermessen der Anmelder bleibt überlassen, ob sie beide Anmeldungen miteinander verbinden wollen oder nicht. Erfolgt eine Verbindung, so muß die gemeinsame Anmeldung den Erfordernissen sowohl des § 280 wie auch denen des § 284 entsprechen. D. 158 bemerkt (vgl. § 277 Anm. IV): „Mit der Vorschrift des § 277 Abs. 3, wonach eine Änderung des Gesellschaftsvertrags vor der Eintragung in das Handelsregister keine Wirkung mehr hat, steht es nicht im Widerspruch, daß gegebenenfalls an den Erhöhungsbeschluß gewisse Folgen, insbesondere die Annahme der Zeichnungen und der ersten Einzahlungen, schon vor der Eintragung geknüpft sind; denn diese Rechtshandlungen setzen nicht notwendig die vorgängige Änderung des Gesellschaftsvertrags voraus, sie geschehen vielmehr umgekehrt in der Voraussetzung des demnächstigen Eintritts der Rechtswirksamkeit dieser Änderung. Die Zulässigkeit solche vorbereitender Maßnahmen oder Beschlüsse ist auch in anderen Fällen nicht davon abhängig, daß die Abänderung des Gesellschaftvertrags, mit der sie im Zusammenhange stehen, bereits in das Handelsregister

eingetragen ist. Bei der Aktienzeichnung behufs einer Erhöhung des Grundkapitals ist das Verhältnis kein anderes als bei der Aktienzeichnung behufs Errichtung der Gesellschaft."

§ 286.

Zweigregister.

Bei einem Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft eine Zweigniederlassung hat, sind die in den §§ 280, 284 bezeichneten Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister durch den Vorstand zu bewirken. Die Vorschrift des § 284 Abs. 5 findet Anwendung; die Vorschriften des § 280 Abs. 2 und des § 284 Abs. 2 bis 4 bleiben außer Anwendung.

ADH. Art. 215a Abs. 3 Satz 3, Art. 215b Abs. 2 Satz 2. **Entw. I** § 260. **Entw. II** § 278.

I. **Zweigniederlassung.** Vgl. § 201 Anm. II.

II. **Anmeldung** des Erhöhungsbeschlusses und der erfolgten Erhöhung. Die §§ 280, 284, 285 sind anwendbar (§ 13), jedoch mit folgenden Abweichungen:

a. **Anmeldepflichtig** ist der Vorstand, d. h. die Behörde (§ 234 Anm. I c). Dies stimmt mit der Regel der Anmeldung von Satzungsänderungen (§ 277 Anm. I b) überein, weicht jedoch ab von der Vorschrift, wonach im Sonderfall des Erhöhungsbeschlusses und ferner auch bei Anmeldung der erfolgten Erhöhung sämtliche Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats anzumelden haben (§ 280 Anm. II, § 284 Anm. II b).

b. **Abgabe von Versicherungen über Einzahlung** ist nicht erforderlich. In Betracht kommen die Versicherungen über Einzahlung der bisherigen Kapitaleinlagen (§ 280 Anm. III) und die Erklärung über Einzahlung der auf die neuen Grundkapitalanteile eingeforderten Beträge (§ 284 Anm. II e 2). Ebensowenig ist eine Angabe des Ausgabebetrags (§ 284 Anm. II e 3) erforderlich (§ 286 Satz 2 Halbs. 2, § 284 Abs. 3, § 195 Abs. 3 Satz 2; ebenso Esser Anm., Staub Anm. 3; vgl. unten Anm. III; dagegen Ring, Goldmann Nr. 4, Staub[8]-Pinner Anm. 3).

c. **Beifügung der Urkunden,** die § 284 Abs. 2 aufzählt, ist nicht erforderlich (§ 286 Satz 2 Halbs. 2).

d. **Erzwingung durch Ordnungsstrafe** kann erst stattfinden, wenn die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses bezw. der erfolgten Erhöhung bei dem Gericht des Sitzes stattgefunden hat (§ 319 Abs. 2, § 175 Anm. III).

III. **Bekanntmachung.** Außer dem Inhalt der Eintragung (§ 10) ist der Ausgabebetrag der neuen Anteilrechte zu veröffentlichen (§ 286 Satz 2 Halbs. 1, § 284 Abs. 5). Nicht dieser Ausgabebetrag, vielmehr nur der Mindestausgabebetrag (§ 278 Anm. VIII c) ergibt sich aus dem Erhöhungsbeschluß, dessen Wortlaut aus dem zu überreichenden Protokoll (§ 259 Abs. 5 hervorgeht. Wird gegenüber dem Registergericht der Zweigniederlassung der Ausgabebetrag nicht freiwillig (oben Anm. II b) angegeben, so wird das Gericht sich hiernach von Amts wegen bei dem Registergericht des Sitzes erkundigen müssen; der § 201 Abs. 4 ist nicht für entsprechend anwendbar auf den Fall der Erhöhung erklärt; mithin ist auch nicht die Notwendigkeit der Überreichung eines Exemplars der vom Registergericht des Sitzes erlassenen Bekanntmachung ausgesprochen.

IV. **Prüfungsrecht des Registergerichts.** Vgl. § 13 Anm. II c 4. Der Richter des Zweigregisters hat kein Prüfungsrecht, soweit die Gesetzmäßigkeit des im Hauptregister eingetragenen Erhöhungsbeschlusses oder Erfolgtseins der Erhöhung in Frage kommt (KG. 26 X 05 EntschFG. 6 200 OLGRspr. 11 388).

§ 287.

Beschränkungen vor Eintragung des Erfolgtseins.

Bevor die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister eingetragen ist, können Aktien und Interimsscheine auf das zu erhöhende Kapital nicht ausgegeben werden.

Die Antheilsrechte an dem zu erhöhenden Kapitale können vor diesem Zeitpunkte mit Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft nicht übertragen werden.

ADH. Art. 215c Abs. 3 Satz 2. **Entw. I** § 261. **Entw. II** § 279.

I. **Verbot der Ausgabe von Mitgliedscheinen vor Eintragung der erfolgten Erhöhung.** Vgl. § 200 Anm. IV. Handlungen, durch welche dies Verbot übertreten wird, sind nichtig („können nicht"; D. 159, RG. 23 V 01 JW. 541 [9]). Hierin liegt eine Abweichung von dem früheren Art. 215 c Abs. 3 ADH. (RG. **40** 148). Die in Übertretung des Verbots ausgegebenen Urkunden sind nichtig (D. 159) nach dem entsprechend anzuwendenden § 209 Abs. 2. Auch bezüglich der Schadensersatzpflicht der Ausgeber wird § 209 entsprechend anzuwenden sein (zust. Staub [7] Anm. 2, Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 4; dagegen Pinner Anm. III 3, Staub[8]-Pinner Anm. 2). — Das wissentliche Übertreten des Verbots ist mit Strafe bedroht (§ 314 Nr. 3).

II. **Verbot der Übertragung von Anteilrechten vor Eintragung der erfolgten Erhöhung.** Vgl. § 200 Anm. III.

III. **Beginnt die Wirksamkeit des Erfolgtseins der Erhöhung erst mit der Eintragung des Erfolgtseins?** Für Bejahung KG. 28 XI 04 KGJ. 28 A 232, Staub[8]-Pinner Anm. 5, Ring Nr. 1, Rehm § 117 IV, anscheinend auch RG. **55** 67; dagegen unsere 12. Auflage. Das Gesetz ergibt keine klare Beantwortung. Für Verneinung spricht, daß § 287 zwar im wesentlichen die Vorschriften des § 200 Abs. 2, aber nicht die Vorschrift des § 200 Abs. 1 Satz 1 übernimmt, während § 277 Abs. 3 nicht anwendbar ist, weil das Erfolgtsein der Erhöhung kein Satzungsänderungsbeschluß ist (§ 278 Anm. I b). Dennoch wird eine entsprechende Anwendung des § 277 Abs. 3 als vom Gesetzgeber gewollt daraus abzuleiten sein, daß § 287 Abs. 2 von Anteilrechten an dem „zu erhöhenden" Kapital spricht, daß nach § 319 Abs. 2 die in § 284 vorgeschriebene Anmeldung des Erfolgtseins nicht erzwingbar durch Ordnungsstrafen ist, und daß D. 174 zu § 319 Abs. 2 bemerkt: „Es sind dies die Fälle, in welchen ... der Rechtserfolg unbedingt von der Eintragung abhängig ist". — Geht man von Bejahung der obigen Frage aus, so entstehen mit Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft auch die ohne Ausgabe von Aktienurkunden ausübbaren gesellschaftlichen Rechte aus den neu gezeichneten Anteilrechten, z. B. das Stimmrecht, erst mit der Eintragung des Erfolgtseins, selbst wenn bereits vorher der Erhöhungsbeschluß eingetragen und das Erfolgtsein eingetreten war (KG. 28 XI 04 EntschFG. 5 174 KGJ. 28 A 232). Allein entscheidend für die an die entsprechende Anwendung des § 277 Abs. 3 sich knüpfenden Wirkungen ist auch für das Erfolgtsein der Erhöhung die Eintragung im Register des Sitzes der AG. (KG. 26 X 05 EntschFG. **6** 200 OLGRspr. **11** 389).

III. Herabsetzung des Grundkapitals (§§ 288—291).

§ 288.

Herabsetzungsbeschluß.

Eine Herabsetzung des Grundkapitals kann nur mit einer Mehrheit beschlossen werden, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

Durch den Beschluß muß zugleich festgesetzt werden, zu welchem Zwecke die Herabsetzung stattfindet, insbesondere, ob sie zur theilweisen Rückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre erfolgt, und in welcher Weise die Maßregel auszuführen ist.

Sind mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden, so bedarf es neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der Aktionäre jeder Gattung; auf diese

Beschlußfassung finden die Vorschriften des Abs. 1 und des § 275 Abs. 3 Satz 2 Anwendung.

ADH. Art. 248 Abs. 1. **Entw. I** § 262. **Entw. II** § 280.

I. **Herabsetzung des Grundkapitals.**

a. **Herabsetzungsbeschluß ein Satzungsänderungsbeschluß.** Vgl. § 278 Anm. I. Über Herabsetzungsbeschlüsse mit Angabe nur eines Höchstbetrags der Herabsetzung vgl. § 278 Anm. III. Über Verbindung eines Herabsetzungsbeschlusses mit einem Erhöhungsbeschluß vgl. § 278 Anm. IV. — Bei der Herabsetzung kann überhaupt nur, wenn sie im Zusammenhang mit Verminderung der Zahl von Anteilrechten erfolgt, die Frage auftauchen, ob etwa hierdurch die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft eine andere werde; aber auch für diesen Fall ist dies zu verneinen (vgl. ROH. 24 246) wie für den entsprechenden Fall der Erhöhung (§ 278 Anm. Vc).

b. **Verhältnis des Herabsetzungsbeschlusses zum „Erfolgen" der Herabsetzung.** Vgl. § 278 Anm. Ib, II.

c. **Grundkapital.** Vgl. § 178 Anm. IIa, § 278 Anm. IIb.

II. **Zweck der Herabsetzung.** Als Beispiele sind im Gesetz erwähnt die teilweise Rückzahlung von Grundvermögen an die Aktionäre (§ 288 Abs. 2) und die Befreiung der Aktionäre von der Verpflichtung zur Leistung von Einlagen (§ 289 Abs. 4). Sonst können insbesondere noch in Betracht kommen die Beseitigung einer Unterbilanz oder die Umwandlung eines Teils des Grundkapitals in einen der freien Verfügung unterliegenden Reservefonds (D. 160). D. 160 bezeichnet ferner „die Amortisation eines Teils der Aktien" als einen der Rückzahlung von Grundvermögen gleichstehenden Zweck (für früheres Recht vgl. ROH. 18 426). Die Einziehung als solche kann jedoch nie Zweck einer Herabsetzung sein; wird eine Einziehung in Zusammenhang mit einer Herabsetzung beschlossen, so ist Zweck der letzteren nur die Verfügbarmachung eines Teils des bisher gebundenen Grundvermögens und unter Umständen die hierdurch ermöglichte Abfindung derjenigen Anteilberechtigten, deren Anteilrechte eingezogen werden sollen; die Einziehung als solche gehört nicht zu den Zwecken, sondern zur „Weise der Ausführung". Ebenso wie Rückzahlung in bar, kann auch eine Rückgewähr anderer zu unverteilbarem Gesellschaftsvermögen gehöriger Vermögensgegenstände bezweckt sein (Simon 215). Ebenso wie Zahlung an Aktionäre, auch eine Zahlung an Dritte. Auch braucht an sich nicht notwendig gleichmäßige Rückzahlung an jeden Aktionär bezweckt zu sein (ROH. 18 432; vgl. jedoch § 250 Anm. IIc 4). Im Einzelfall können auch mehrere Zwecke miteinander verbunden werden (Pinner Anm. III 4).

III. **Ausführungsweise.** Unter den Begriff einer „Ausführung" des Herabsetzungsbeschlusses ist in § 290 auch die Zusammenlegung von Anteilrechten gebracht. Hiernach ist anzunehmen, daß nach der Ausdrucksweise des Gesetzes jede Art der Herstellung der äußeren Übereinstimmung des Gesamtbetrags der einzelnen Grundkapitalanteile mit dem geänderten Betrag des Grundkapitals unter den Begriff der „Ausführung" fallen soll. Andererseits ist dies den Begriff wohl nicht erschöpfen. D. 160 bemerkt in dieser Beziehung nur: „Außerdem muß der Beschluß ebenso wie nach dem geltenden Rechte Bestimmung darüber treffen, wie die Herabsetzung auszuführen ist, namentlich ob eine Verminderung des Nennbetrags oder der Zahl der Aktien eintreten und ob dies im Wege einer Zusammenlegung, Umtauschung, Abstempelung usw. der Aktien bewerkstelligt werden soll."

a. **Maßregeln behufs Herstellung der äußeren Übereinstimmung des Gesamtbetrags der einzelnen Grundkapitalanteile mit dem geänderten Betrag des Grundkapitals.** Daß hierin in Wahrheit nicht eine Ausführung des Herabsetzungsbeschlusses, sondern eine nur im Zusammenhang mit ihm stehende, aber selbständige Maßregel liegt, und daß eine solche Zusammenhangsmaßregel nicht unbedingt notwendig jeden Herabsetzungsbeschluß begleiten muß, ist in § 278 Anm. IIc auszuführen versucht. Folgende Arten derartiger im Zusammenhang mit dem Herabsetzungsbeschluß stehender Maßregeln können einzeln oder in Verbindung miteinander vorkommen:

1. Verminderung des (Nenn-)Betrags von Grundkapitalanteilen. Sie ist nur zulässig unter Einhaltung der Vorschriften des § 180 über den Mindestnennbetrag (D. 160; wegen der vor G. v. 1884 zugeteilten Grundkapitalanteile vgl. Art. 24 EGHGB.). In der Regel kann daher nur auf 1000 Mk. heruntergegangen werden; auf einen geringeren Betrag nur, falls die Voraussetzungen des § 180 Abs. 2 oder 3 entweder bereits vorliegen oder nunmehr geschaffen werden. Es besteht kein Sonderrecht auf Beibehaltung des bisherigen Nennbetrags (§ 250 Anm. IIc 2, § 290 Anm. IIc 2), aber ein Recht auf Nichtbenachteiligung gegenüber anderen Aktionären gleichen Rechts (§ 250 Anm. IIc 4). — Behufs Erzwingung der Einreichung der Mitgliedscheine in diesem Fall sind wohl die Vorschriften des § 290, auch insoweit sie nicht unmittelbar anwendbar, für entsprechend anwendbar zu erachten (§ 290 Anm. IId).
2. Einziehung von Anteilrechten. Über die einzelnen Arten der Ausführung einer Einziehung und die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der einzelnen Arten vgl. § 227 Anm. II.
3. Zusammenlegung von Anteilrechten. Hierüber enthält § 290 nähere Bestimmungen.

b. **Sonstige Einzelheiten der Ausführung.** Hier kann z. B. in Betracht kommen die Angabe der Zeit, wann die Herabsetzung oder die Zurückzahlung usw. stattfinden sollen (KGJ. **16** 22, KG. 25 I 97 HoldheimsMSchr. 131). Ferner auch die Stellung einer Wahl zwischen Zuzahlung und Benachteiligung (§ 276 Anm. Vc).

IV. **Erfordernisse des Herabsetzungsbeschlusses.** Der Herabsetzungsbeschluß ist zwar ein Satzungsänderungsbeschluß (§ 278 Anm. I); doch sind die Bestimmungen des § 275 nicht als solche anwendbar, da sie durch § 288 teils ersetzt teils geändert sind. Mithin ist — außer § 251 Abs. 1 — nur § 288 maßgebend. Dagegen bleibt § 274 anwendbar; mithin auch die Bestimmung, daß die Anordnung nur durch die Generalversammlung getroffen werden kann, und eine Übertragung an andere Behörden — außer im Fall des § 274 Abs. 1 Satz 2 — unzulässig ist (§ 274 Anm. Ia, RG. **26** 134).

a. **Erforderliche Mehrheiten.**
1. Erschwerte Mehrheit. Vgl. § 275 Anm. Ib 1. Erforderlich ist eine Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlußfassung (§ 207 Anm. IIc) vertretenen Grundkapitals (§ 288 Abs. 1 Satz 1). Die Satzung kann das Erfordernis erschweren, aber nicht mildern (§ 288 Abs. 1 Satz 2).
2. Einfache Stimmenmehrheit. Vgl. § 275 Anm. Ib 2. Die Satzung kann das Erfordernis erschweren, aber nicht mildern (§ 251 Abs. 1).

b. **Noch andere Erfordernisse der Beschlußfassung, wenn die Satzung solche aufstellt.** Vgl. § 275 Anm. Ic. Die Satzung kann die Erfordernisse nur verschärfen, nicht mildern (§ 288 Abs. 1 Satz 2; vgl. § 275 Anm. IIc 3). Auch hier ist unter Satzung nicht nur die ursprüngliche, sondern auch die geänderte Satzung zu verstehen (§ 275 Abs. Ic; zust. Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 8; dagegen Pinner Anm. V 1).

c. **Angabe des Zwecks** (oben Anm. II) **der Herabsetzung** (§ 288 Abs. 2). Die Worte „insbesondere, ob sie zur teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre erfolgt" sind nur hinzugefügt, um ein besonders wichtiges Beispiel zu nennen (D. 160). Der Rückzahlungszweck liegt auch dann vor, wenn nicht sofort nach Ablauf der Sperrzeit, sondern erst später, z. B. gelegentlich der folgenden Gewinnverteilung, die Rückzahlung erfolgen soll. Über die Eigenschaft der Rückzahlungsforderungen der Aktionäre bis zur tatsächlichen Rückzahlung vgl. § 289 Anm. IVe. Die Angabe des Zwecks ist zwingend vorgeschrieben („muß"). Die Angabe eines unerreichbaren Zwecks, z. B. der „Beseitigung der Unterbilanz" bei Nichtvorhandensein einer solchen, wird der Nichtangabe gleichzustellen sein; daher (§ 273 Anm. IIb 3) ist in solchem Fall der Herabsetzungsbeschluß nichtig. — Ob die Angabe des Zwecks auch in die Tagesordnung aufzunehmen ist, vgl. § 256 Anm. IId.

d. **Angabe der Ausführungsweise** (§ 288 Abs. 2). „Weise der Ausführung" vgl. oben Anm. III. Diese Angabe ermöglicht dem Registergericht die Prüfung, ob die in Aussicht genommenen, mit der Herabsetzung zusammenhängenden Maßregeln den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechen. Jede einzelne dieser Maßregeln hat für sich ihre besonderen Voraussetzungen.

Da diese Maßregeln durch die Angabe im Herabsetzungsbeschluß zu Teilen des letzteren werden, so ist der ganze Beschluß unzulässig, wenn auch nur die einzelne beschlossene Ausführungsmaßregel eine unzulässige ist (ROH. 25 261). Nicht genügt die allgemeine Angabe, daß der „Betrag der Grundkapitalanteile heruntergesetzt werden“ oder eine „Einziehung geschehen“ oder „Zusammenlegung stattfinden“ soll. Vielmehr sind auch die erheblicheren Einzelheiten anzugeben (zust. Ring Nr. 7, Goldmann Nr. 16; dagegen Staub⁸-Pinner Anm. 14). So z. B. bei Herabsetzung des Betrags der Grundkapitalanteile, in welcher Höhe die Herabsetzung auf die einzelnen Anteile verteilt werden soll. So bei Zusammenlegung, wieviele Anteilrechte oder Bruchteile von solchen zu einem vereinigt werden sollen. Bei beiden ferner, ob z. B. ein Umtausch oder eine Abstempelung der Mitgliedscheine stattfinden soll. So bei Einziehung, ob diese durch entgeltlichen Erwerb von Anteilrechten oder durch Auslosung oder Kündigung mit oder ohne Abfindung erfolgen soll. — Das Angeben einer Ausführungsweise ist zwingend vorgeschrieben („muß“); insbesondere kann die nähere Festsetzung der Ausführungsweise nicht etwa dem Vorstand und Aufsichtsrat überlassen werden (RG. 26 134, KGJ. 16 22, OLG. Hamburg 25 IV 96 ZHR. 47 123, KG. 25 I 97 HoldheimsMSchr. 131). Eine Herabsetzung des Grundkapitals kann aber auch ohne irgend eine begleitende Ausführungsmaßregel vorkommen (§ 278 Anm. II c). Aus § 288 Abs. 2 ist nicht etwa abzuleiten, daß dies verboten werden soll, vielmehr nur, daß in solchem Fall in dem Herabsetzungsbeschluß anzugeben ist, die Herabsetzung solle ohne begleitende Ausführungsmaßregel erfolgen. Auch dies ist eine „Ausführungsweise“.

e. **Sind mehrere Aktiengattungen** (§ 185 Anm. I c) **vorhanden**, so bedarf es stets, auch wenn die Voraussetzung (§ 275 Abs. 3) der Benachteiligung einer Gattung nicht vorliegt, der Beschlußfassung der Aktionäre jeder Gattung in gesonderter Abstimmung (§ 278 Anm. VIII b: für früheres Recht vgl. KGJ. 16 20). Jede dieser Sonderabstimmungen muß allen oben zu a—d aufgeführten Bedingungen entsprechen. Die Beschlußfassung kann nur stattfinden, wenn sie gemäß § 256 Abs. 2 ausdrücklich unter den Zwecken der Generalversammlung angekündigt worden ist (§ 275 Anm. III c 3).

§ 289.

Anmeldung des Beschlusses. Sicherung der Gläubiger.

Der Beschluß über die Herabsetzung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Vorstand hat unter Hinweis auf die beschlossene Herabsetzung des Grundkapitals nach der Eintragung des Beschlusses die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung ist dreimal in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung aufzufordern.

Den Gläubigern, deren Forderungen vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet sind, ist Befriedigung zu gewähren oder Sicherheit zu leisten, sofern sie sich zu diesem Zwecke melden.

Zahlungen an die Aktionäre dürfen auf Grund der Herabsetzung des Grundkapitals erst erfolgen, nachdem seit dem Tage, an welchem die im Abs. 2 vorgeschriebene öffentliche Aufforderung zum dritten Male stattgefunden hat, ein Jahr verstrichen ist und nachdem die Gläubiger, die sich gemeldet haben, befriedigt oder sichergestellt worden sind. Eine durch die Herabsetzung bezweckte Befreiung der Aktionäre von der Verpflichtung zur Leistung von Einlagen auf die Aktien tritt nicht vor dem bezeichneten Zeitpunkt in Wirksamkeit.

ADH. Art. 248 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2. **Entw. I** § 263. **Entw. II** § 281.

I. **Anmeldung.** Vgl. § 277 Anm. I. Da der Herabsetzungsbeschluß ein Satzungsänderungsbeschluß ist (§ 278 Anm. I a), so findet — mit der nachstehend zu a erwähnten Maßgabe — der § 277 Anwendung. Folgende Einzelheiten sind hervorzuheben:

a. **Anmeldepflichtig** sind — abweichend von der Regel bei Anmeldung von Satzungsänderungsbeschlüssen (§ 277 Anm. I b) — nicht „der Vorstand", d. h. die Behörde in vertretungsberechtigter Zusammensetzung, sondern „sämtliche Mitglieder des Vorstands". Dies gilt — (abweichend bei Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses; § 286 Anm. II a) — auch für die Anmeldung bei den Registern der Zweigniederlassungen (§ 13 Abs. 1).

b. **Erzwingbarkeit.** Da der Fall des § 289 Abs. 1 nur ein Sonderfall des § 277 Abs. 1 ist (§ 278 Anm. I a), so findet § 319 Abs. 2 auch auf den Fall des § 289 Abs. 1 Anwendung. Mithin kann die Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses zum Register des Sitzes gar nicht und zu den Registern der nicht am Sitz befindlichen Niederlassungen (§ 13 Anm. I c) erst nach Eintragung bei dem Register des Sitzes durch Ordnungsstrafe erzwungen werden (§ 175 Anm. III, § 277 Anm. I c). Auffällig ist allerdings, daß der § 319 Abs. 2 den § 280 Abs. 1 aufführt, den § 289 Abs. 1 aber nicht, trotzdem bezüglich beider die obige Erwägung zutrifft. Vielleicht ist dies geschehen, weil § 284 Abs. 1 aufgeführt werden mußte (der in dieser Beziehung von § 291 abweicht; § 291 Anm. II c) und im Anschluß hieran.

c. **Umfang der Prüfungsbefugnis und -pflicht des Registergerichts.** Vgl. § 277 Anm. I g. Da, soweit überhaupt ein förmliches Verfahren zum Schutz für die Gläubiger vorgeschrieben ist, dies erst nach Eintragung des Herabsetzungsbeschlusses zu beginnen hat (§ 289 Abs. 2), so ist eine Prüfung dieser Schutzmaßregeln durch den Registerrichter bei Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses ausgeschlossen (KGJ. 1 14, 5 28, 30, 9 21).

II. **Aufforderung der Gläubiger.** Über die hiervon zu unterscheidende Aufforderung zur Einreichung von Mitgliedscheinen unter Androhung der Kraftloserklärung vgl. § 290 Anm. IV a. Die Verbindung beider Aufforderungen ist nicht ausgeschlossen.

a. **Inhalt** der Aufforderung. Die Aufforderung geht dahin, daß die Gläubiger der Gesellschaft ihre Ansprüche anmelden mögen. Außerdem ist in die Aufforderung ein Hinweis auf den Beschluß über Herabsetzung des Grundkapitals aufzunehmen.

b. **Zeitpunkt** der Aufforderung. Die Aufforderung kann mit Wirkung erst geschehen, nachdem der Herabsetzungsbeschluß eingetragen ist. Als maßgebend ist auch hier die Eintragung in das Register des Sitzes anzusehen (§ 277 Abs. 3).

c. **Form** der Aufforderung. Zwei Arten der Aufforderung sind nebeneinander zu bewirken: Die bekannten Gläubiger sind durch besondere (an keine Form gebundene) Mitteilung zur Anmeldung aufzufordern. Außerdem hat die dreimalige Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern (in der allgemein für Bekanntmachungen der Gesellschaft vorgeschriebenen Form, § 182 Anm. IV b 7) zu erfolgen. Bestimmte Zwischenräume zwischen den einzelnen Bekanntmachungen sind nicht vorgeschrieben.

III. **Befriedigung oder Sicherung von Gläubigern.** Nur diejenigen Gläubiger sind zu berücksichtigen, deren Forderung vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet ist, und nur diejenigen unter diesen Gläubigern, welche sich zu diesem Zweck melden.

a. **Begründetsein vor der letzten öffentlichen Aufforderung.** Unerheblich ist, ob die Forderung bereits fällig ist. Nichtfällige Forderungen werden aber weder durch die Aufforderung noch durch die Ausführung des Herabsetzungsbeschlusses fällig (vgl. § 145 Anm. II c, ROH. 24 248). Entsprechend der Art, wie der Beginn der Sperrzeit in § 289 Abs. 4 bestimmt ist, werden wohl auch diejenigen Forderungen als vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet anzusehen sein, welche am Tag des Erscheinens der letzten öffentlichen Aufforderung begründet werden.

b. **Anmeldung zum Zweck der Befriedigung oder Sicherheitsleistung.** Erfordert ist ausdrücklich nur, daß überhaupt eine Anmeldung erfolgt; da aber aus der Anmeldung zugleich hervorgehen muß, daß Befriedigung oder Sicherheitsleistung gefordert werden, so ergibt sich mittelbar, daß aus der Anmeldung auch hervorgehen muß, wegen einer wie hohen Forderung sie geschieht (vgl. ROH. 24 254). Die Anmeldung ist an die Gesellschaft zu richten. Eine Frist ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben; doch ergibt sich aus Abs. 4 die gesetzliche Frist von

einem Jahr nach erfolgter dreimaliger Aufforderung. — Wer nicht rechtzeitig anmeldet, verliert zwar den Anspruch darauf, daß er aus dem gesperrten Teil des Grundvermögens befriedigt oder sichergestellt werde, nicht aber überhaupt seine Forderung gegen die AG.

c. **Befriedigung oder Sicherheitsleistung.** Welches von beiden die Gesellschaft wählen will, ist für die hier allein in Betracht kommende Frage, ob Zahlungen an die Aktionäre geleistet werden dürfen, unerheblich. Hat ein Gläubiger das Recht auf Befriedigung, so braucht er sich nicht bloße Sicherheitsleistung gefallen zu lassen. Umgekehrt braucht die Gesellschaft nicht zu befriedigen, wenn der Gläubiger hierauf an sich noch keinen Anspruch hat; durch die Anmeldung erhält der Gläubiger auch nicht einmal einen Anspruch auf sofortige Sicherheitsleistung, sondern nur auf Sicherheitsleistung vor Zahlungen aus Grundvermögen an Aktionäre. Über die Art, wie Sicherheit zu leisten, bestimmt BGB. §§ 232 ff.

d. **Ausnahme.** Unterwirft eine Hypothekenbank sich der im HypBankG. § 5 vorgesehenen Einschränkung des Geschäftsbetriebs, und findet im Zusammenhang hiermit eine Herabsetzung des Grundkapitals statt, so ist die § 289 Abs. 3, 4 HGB. vorgesehene Sicherstellung der Gläubiger in Ansehung der Pfandbriefgläubiger nicht erforderlich, sofern die im Umlauf befindlichen Hypotheken-Pfandbriefe durch die in das Hypothekenregister eingetragenen Hypotheken vollständig gedeckt sind (HypBankG. 13 VII 99 § 47).

IV. **Verbot der Zahlung oder Befreiung vor Ablauf der Sperrzeit.**

a. **Zahlungen an die Aktionäre** sind nur verboten insoweit sie auf Grund der Herabsetzung des Grundkapitals erfolgen; gleichgültig ob die Zahlung ausdrücklich als Zweck (§ 288 Anm. II) der Herabsetzung bezeichnet worden, oder ob die Zahlung nur eine Folge der Herabsetzung ist, die durch die gemäß der Herabsetzung geschehene Neugestaltung der Bilanz unmittelbar oder mittelbar ermöglicht wurde. Soweit etwa aus anderen Gründen Zahlungen an die Aktionäre erfolgen sollen, z. B. zur Befriedigung eines Aktionärs wegen seines Gläubigeranspruchs aus einem Darlehn (§ 250 Anm. III) oder behufs Verteilung von Gewinn in derjenigen Höhe, in welcher er auch ohne die Herabsetzung verteilbar wäre, dürfen Zahlungen auch vor Ablauf der Sperrzeit erfolgen.

b. **Befreiungen von der Einlagepflicht.** Die Regel des Verbots einer Befreiung ist in § 221 enthalten. Der § 289 Abs. 4 Satz 2 bestimmt nur den frühesten Zeitpunkt („nicht vor dem bezeichneten Zeitpunkt"), mit welchem infolge eines Herabsetzungsbeschlusses eine Befreiung von der Einlagepflicht eintreten kann. Im Zweifel tritt jedoch mit jenem Zeitpunkt die Befreiung noch nicht von selbst ein, vielmehr bedarf es noch einer hinzukommenden Willenserklärung der Gesellschaft (vertreten in der Regel durch ihren Vorstand), um diese Befreiung herbeizuführen. Diese Willenserklärung kann im Einzelfall vor oder nach dem Ablauf der Sperrzeit liegen (§ 278 Anm. IIf 2).

c. **Sperrzeit.** Sie ist in doppelter Weise bestimmt; sie läuft erst ab, wenn jede der zwei Voraussetzungen erfüllt ist:

1. Zeitablauf. Seit dem Erscheinen der dritten vorschriftsmäßigen Aufforderung (oben Anm. II) muß ein Jahr verstrichen sein. Für die Berechnung der Frist ist maßgebend BGB. § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 (vgl. auch HGB. § 255 Anm. II).
2. Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger, die ihre Forderungen angemeldet haben, wegen dieser Forderungen (oben Anm. III).

d. **Verbot.** Der § 289 Abs. 4 enthält keine Vorschrift über den Zeitpunkt, wann die Herabsetzung des Grundkapitals zulässig ist, vielmehr ausschließlich eine Vorschrift über den Zeitpunkt der Zulässigkeit der bezeichneten Zahlungen oder Befreiungen aus bisherigem Grundvermögen. Beides muß auseinander gehalten werden. Der § 289 Abs. 4 steht daher auch nicht einer Vornahme der Herabsetzung des Grundkapitals selbst vor Ablauf der Sperrzeit entgegen (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 7; dagegen ROH. 18 426, KGJ. 9 21, Ring Nr. 2; abw. auch Goldmann Nr. 2); vielmehr folgt in solchem Fall aus § 289 Abs. 4 für die Gestaltung der Bilanz nur, daß in eine Bilanz, die für einen in den Lauf der Sperrzeit fallenden Zeitpunkt aufgestellt wird, derselbe Betrag, um welchen das Grundkapital herabgesetzt ist, als notwendiger Reservefonds neu aufgenommen werden muß (vgl. Simon 218; dagegen Ring Nr. 2). Über den Zeitpunkt der Herab-

setzung des Grundkapitals vgl. § 278 Anm. II f 2. — Eine Befreiung vor Ablauf der Sperrzeit enthält im Zweifel in sich die aufschiebende Bedingung (oben Anm. IV c 2) und Betagung (oben Anm. IV c 1) durch Ablauf der Sperrzeit (§ 289 Abs. 4 Satz 2, BGB. § 140); sollte unter Mißachtung des Verbots die Befreiung ohne diese Bedingung und Betagung erfolgen, so ist die Befreiung nichtig (BGB. § 134). Die Zahlung vor Ablauf der Sperrzeit kann unter Umständen strafbar nach § 312 sein; sie kann das Entstehen von Ersatzansprüchen der Gesellschaft und der Gesellschaftsgläubiger gegen Vorstandsmitglieder (§ 241) und Aufsichtsratsmitglieder (§ 249) bewirken; ebenso das Entstehen von Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger gegen nicht gutgläubig empfangende Aktionäre (§ 217). — Auch können bei Bevorstehen gesetzwidriger Zahlungen Gesellschaftsgläubiger, denen ein Anspruch auf Befriedigung oder Sicherstellung zusteht, eine auf Verhinderung der Zahlung gerichtete einstweilige Verfügung gegen die Gesellschaft erwirken (vgl. Pinner Anm. V 3).

e. **Recht des einzelnen Aktionärs auf die beschlossene Rückzahlung oder Befreiung.** Bestritten ist (vgl. Staub[8]-Pinner § 291 Anm. 19, Simon 215, Ring § 291 Nr. 6, Behrend § 143 Anm. 28, Pinner Anm. VII), welcher Art dies Recht ist, und zu welchem Zeitpunkt es eintritt. Aus den hier verteidigten Ansichten über den Begriff des „Erfolgens" der Herabsetzung (§ 278 Anm. II) und über die Tragweite des Verbots des § 289 Abs. 4 (oben Anm. IV d) sowie aus den für den ähnlichen Fall des Anspruchs auf festgestellten Reingewinn allgemein angenommenen Grundsätzen (§ 213 Anm. II c) sind nachstehende Folgerungen abzuleiten: Nur ein Gesamtrecht (§ 250 Anm. I a) auf Ausführung des Beschlusses besteht von Fassung des Herabsetzungsbeschlusses bis zu dem Zeitpunkt, zu welchem sowohl dieser Beschluß eingetragen wie auch die (ausdrückliche oder stillschweigende) Erklärung des Vorstands, daß nunmehr die Herabsetzung erfolge, ergangen ist (§ 278 Anm. I b, II d, f). Bis zu jenem Zeitpunkt kann daher der Herabsetzungsbeschluß durch einen gegenteiligen Generalversammlungsbeschluß wiederaufgehoben werden (§ 278 Anm. I a). Ist zurzeit des Erfolgens der Herabsetzung (bei oder nach Eintragung des Herabsetzungsbeschlusses) die Sperrzeit (oben Anm. IV c) bereits abgelaufen, so hat nunmehr der Aktionär sofort ein Gläubigerrecht (§ 250 Anm. III) auf Zahlung, bzw. die Befreiung tritt ohne weiteres ein. Ist zu jenem Zeitpunkt die Sperrzeit noch nicht abgelaufen, so erhält der Aktionär zunächst nur ein Sonderrecht (§ 250 Anm. II a) auf Zahlung oder Befreiung, und zwar (oben Anm. IV d) ein aufschiebend bedingtes und betagtes; erst mit dem Ablauf der Sperrzeit verwandelt sich dieses Sonderrecht in ein Gläubigerrecht (im Ergebnis wohl ebenso Pinner Anm. VII und ähnlich Ring a. a. O.). Das Sonderrecht kann nicht als Konkursforderung im Konkurs der Gesellschaft geltend gemacht werden (§ 250 Anm. II b), auch nicht als gleichstehend nur mit den Forderungen der neuen Gläubiger (hierdurch im Ergebnis abweichend von Staub[8]-Pinner a. a. O.); dagegen kann das Gläubigerrecht als Konkursforderung geltend gemacht werden (hierdurch im Ergebnis abweichend von Simon a. a. O.).

§ 290.

Kraftloserklärung behufs Ausführung der Herabsetzung.

Ist zur Ausführung der Herabsetzung des Grundkapitals eine Verminderung der Zahl der Aktien durch Umtausch, Stempelung oder durch ein ähnliches Verfahren vorgesehen, so kann die Gesellschaft die Aktien, welche trotz erfolgter Aufforderung nicht bei ihr eingereicht sind, für kraftlos erklären. Das Gleiche gilt in Ansehung eingereichter Aktien, welche die zum Ersatze durch neue Aktien erforderliche Zahl nicht erreichen und der Gesellschaft nicht zur Verwerthung für Rechnung der Betheiligten zur Verfügung gestellt sind.

Die Aufforderung zur Einreichung der Aktien hat die Androhung der Kraftloserklärung zu enthalten. Die Kraftloserklärung kann nur erfolgen, wenn die Auf-

forderung nach Maßgabe des § 219 Abs. 2 bekannt gemacht ist; sie geschieht mittelst Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern.

Die an Stelle der für kraftlos erklärten Aktien auszugebenden neuen Aktien sind für Rechnung der Betheiligten durch die Gesellschaft zum Börsenpreis und in Ermangelung eines solchen durch öffentliche Versteigerung zu verkaufen. Der Erlös ist den Betheiligten auszuzahlen oder, sofern die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, zu hinterlegen.

ADH. — **Entw. I** § 264. **Entw. II** § 282.

I. **„Ausführung" der Herabsetzung des Grundkapitals.** Dieser Ausdruck erscheint ungenau; es handelt sich nur um eine im Zusammenhang mit der Herabsetzung des Grundkapitals vorzunehmende, aber an sich selbständige Maßregel (§ 278 Anm. II c). Die „Ausführungsweise" (§ 288 Anm. III) muß bereits im Herabsetzungsbeschluß angegeben sein (§ 288 Anm. IV d).

II. **„Verminderung der Zahl der Aktien durch Umtausch, Stempelung oder durch ein ähnliches Verfahren."**

a. **„Aktien."** Die Redewendung „Verminderung der Zahl der Aktien durch Umtausch, Stempelung oder durch ein ähnliches Verfahren" kann unmittelbar nur auf „Aktien" im Sinn von „Mitgliedscheinen" (§ 179 Anm. IV a) bezogen werden. Gemeint ist aber (wie entsprechend an anderen Stellen des Gesetzes, § 179 Anm. I) nicht sowohl eine Verminderung der Zahl der Mitgliedscheine, als vielmehr eine Verminderung der Zahl der Anteilrechte (oder der ihnen entsprechenden Grundkapitalanteile). Nur behandelt § 290 allerdings ausschließlich diejenige Verminderung der Zahl der Anteilrechte (bzw. Grundkapitalanteile, die auch in den Mitgliedscheinen durch deren Umtausch, Stempelung oder ähnliches Verfahren zum Ausdruck gebracht werden soll. — Ob Aktien oder Interimsscheine ausgegeben sind, ist unerheblich, trotzdem hier (abweichend von § 228) Interimsscheine nicht genannt sind.

b. **Verminderung der Zahl der Anteilrechte.** Setzt nach Obigem (Anm. II a) der § 290 eine geplante Verminderung der Zahl der Anteilrechte voraus, so ergibt sich, daß die hier vorausgesetzte Maßregel sehr nahe verwandt ist mit der in § 227 behandelten Einziehung, denn auch die Einziehung enthält eine Verminderung der Zahl der Anteilrechte (§ 227 Anm. I a. Über den Unterschied zwischen beiden Maßregeln vgl. unten zu c 1.

c. **„Durch Umtausch, Stempelung oder durch ein ähnliches Verfahren."** Diese Worte enthalten die Kennzeichnung der in § 290 behandelten Verminderung der Zahl der Anteilrechte zum Unterschied von andersartigen solchen Verminderungen. Infolge der nur auf die Mitgliedscheine zielenden Fassung bleibt allerdings im einzelnen manches zweifelhaft.

1. Zusammenlegung von Anteilrechten. Bei der Verminderung der Zahl der Anteilrechte durch Einziehung fallen die eingezogenen Anteilrechte künftig gänzlich fort; die weiterbestehenden Anteilrechte übermitteln zu keinem Teil eine Rechtsnachfolge nach den eingezogenen. Daher liegt auch bei einer Einziehung die Möglichkeit, daß sie mit Umtausch oder Stempelung bisheriger Mitgliedscheine Hand in Hand ginge, ziemlich fern, wenngleich diese Möglichkeit an sich nicht völlig ausgeschlossen ist; der Einziehung entspricht vielmehr in der Regel die Vernichtung der bisherigen Mitgliedscheine ohne Rückgabe von Ersatzurkunden mit Mitgliedscheins-Eigenschaft. Auch D. 160 bringt den Fall der Einziehung in Gegensatz zu den neuen Vorschriften des § 290, betrachtete also wohl durch den § 290 die Einziehung, selbst wenn sie ausnahmsweise mit Umtausch oder Stempelung der verbleibenden Mitgliedscheine verbunden ist, als nicht mit betroffen. — Diejenige Verminderung der Zahl der Anteilrechte, welche in der Regel mit einem Umtausch oder einer Stempelung bisheriger Mitgliedscheine Hand in Hand geht, ist die Zusammenlegung. Von der Einziehung unterscheidet sie sich dadurch, daß bei der Zusammenlegung kein bisheriges Anteilrecht vollständig fortfällt, vielmehr nur mehrere bisherige Anteilrechte oder Bruchteile von solchen zu einem neuen Anteilrecht verschmolzen

werden. Die Zusammenlegung, für sich und ohne Zusammenhang mit anderen Maßregeln betrachtet (ein Beispiel in RG. 46 35), besteht lediglich in einer Neueinteilung des Grundkapitals unter Erhaltung aller bisherigen Anteilrechte, nur unter Beschränkung der getrennten Ausübbarkeit der letzteren. Hiernach wird anzunehmen sein, daß § 290 den Fall der Zusammenlegung von Anteilrechten zur Voraussetzung hat. — Zu beachten ist übrigens, daß eine Zusammenlegung von Anteilrechten begrifflich auch möglich ist ohne Umtausch oder Stempelung von Mitgliedscheinen (z. B. wenn solche nicht ausgegeben sind; § 179 Anm. IIb), und auch ohne Zusammenhang mit einer Herabsetzung des Grundkapitals. Die Zusammenlegung an sich ist überhaupt nicht geeignet, der Herabsetzung des Grundkapitals Ausdruck zu geben; entscheidend hierfür ist nicht die Zusammenlegung, sondern die Herabsetzung des Betrags der einzelnen Grundkapitalanteile (unten zu 2). — Über die Frage, welche Erfordernisse für einen Zusammenlegungsbeschluß vorhanden sein müssen, enthält das Gesetz keine ausdrücklichen Bestimmungen. In § 290 ist jedoch stillschweigend vorausgesetzt, daß wenn ein Zusammenlegungsbeschluß im Zusammenhang mit einem Herabsetzungsbeschluß ergeht, die Erfüllung, der für den letzteren bestehenden Erfordernisse auch für den ersteren genügt. Über Zusammenlegung unter Benachteiligung einzelner Anteilrechte gegenüber anderen vgl. § 276 Anm. Ve.

2. Äußere Herabsetzung des Betrags der einzelnen Grundkapitalanteile. Dies ist die Maßregel, welche fast stets die Herabsetzung des Grundkapitals begleitet, und dann in der Regel durch Umtausch oder Stempelung der Mitgliedscheine oder ein anderes Verfahren ausgeführt wird. Soll keine äußere Herabsetzung des Betrags von Grundkapitalanteilen erfolgen, so wird die Gesellschaft kein Interesse an Einreichung der Mitgliedscheine haben. Trotzdem § 290 hiernach offenbar auf diese Maßregel namentlich zielte, ist doch diese Maßregel in § 290 mit keinem Wort erwähnt. Man kann daher nicht sagen, daß die äußere Herabsetzung des Betrags der Grundkapitalanteile eine unbedingte Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 290 ist. — Zu beachten ist auch hier, daß diese äußere Herabsetzung des Betrags der Grundkapitalanteile nicht notwendig jede Herabsetzung des Grundkapitals begleiten muß (§ 278 Anm. IIc); ebenso, daß sie auch ohne Zusammenhang mit einer Verminderung der Zahl der Anteilrechte vorkommen kann (§ 288 Anm. IIIa 1); endlich, daß sie auch nicht notwendig eine Änderung in Mitgliedscheinen bedingt (z. B. wenn solche nicht ausgegeben, § 179 Anm. IIb). — Über die Frage, welche Erfordernisse für einen Beschluß betr. äußere Herabsetzung des Betrags der Grundkapitalanteile vorhanden sein müssen (§ 250 Anm. IIc 2), enthält das Gesetz — abgesehen von den allgemeinen Bestimmungen über Mindestnennbetrag (§ 180; vgl. § 288 Anm. IIIa 1) und dessen Verhältnis zur Höhe des Einlageversprechens (§ 184) — keine ausdrücklichen Bestimmungen. In § 290 ist jedoch stillschweigend vorausgesetzt, daß wenn ein derartiger Beschluß in Zusammenhang mit einem Herabsetzungsbeschluß ergeht, die Erfüllung der für den letzteren bestehenden Erfordernisse auch für den ersteren genügt.

3. Änderung des Inhalts der Mitgliedscheine. Unerheblich ist, in welcher Weise diese Änderung erfolgt. Beispiele sind die Vernichtung der früheren Mitgliedscheine und Ausgabe neuer („Umtausch"), die Kennzeichnung einer Änderung des Inhalts durch Aufdruck („Stempelung"), Zusätze zum bisherigen Inhalt, Durchstreichungen eines Teils des bisherigen Inhalts. — Die in ReichsStempG. § 5 Abs. 2 gegebene Begriffsbestimmung von „Umtausch" als „Erneuerung der Urkunde ohne Veränderung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses" paßt hier nicht; der Begriff ist hier vielmehr ein weiterer. — Der neue Mitgliedschein tritt in rechtlicher Beziehung ganz an die Stelle des ursprünglichen; er wird daher Eigentum derjenigen Person, der das Eigentum an dem bisherigen Mitgliedschein zustand (RG. 4 XI 95 JW. 96 6[23]).

d. **Entsprechende Anwendung.** Der § 290 bezieht sich nach Obigem unmittelbar nur auf eine in Zusammenhang mit einer Herabsetzung des Grundkapitals stehende Zusammenlegung von Anteilrechten (oben Anm. IIc 1), welche von einer Änderung des Inhalts der Mitglied-

scheine begleitet ist (oben Anm. II c 3), womit in der Regel eine äußere Herabsetzung des Betrags der einzelnen Grundkapitalanteile (oben Anm. II c 2) mittels Änderung des Inhalts der Mitgliedscheine (oben Anm. II c 3) verbunden ist. Jedoch ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum die Vorschriften des § 290 so eng hätten begrenzt werden sollen; auch gibt die Begründung dieser Vorschriften in D. 161 keinen Anhalt für die Absicht der Beschränkung. Die Fassung erklärt sich daraus, daß mittelbar die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen über Zusammenlegung von Anteilrechten anerkannt werden sollte (D. a. a. O.), und dann übersehen wurde, daß nicht so sehr diese Zusammenlegung, als vielmehr namentlich die äußere Herabsetzung der Grundkapitalanteile es ist, welche Änderungen der Mitgliedscheine erwünscht macht. Daher wird § 290 in allen Fällen entsprechend anzuwenden sein, in denen eine äußere Herabsetzung der Grundkapitalanteile auch ohne Verminderung der Zahl der Anteilrechte in Zusammenhang mit einer Herabsetzung des Grundkapitals beschlossen ist (dagegen Pinner Anm. II 1, Ring Nr. 2, § 291 Nr. 5, Staub[8]-Pinner § 291 Anm. 11). Ebenso wird § 290 Abs. 1 Satz 2 auf den Fall, daß keine Mitgliedscheine ausgegeben sind, entsprechend in der Weise anzuwenden sein, daß die betreffenden Aktionäre, welche ihre Anteilrechte nicht zur Verwertung für Rechnung der Beteiligten zur Verfügung stellen, ihres Anspruchs auf ihr Anteilrecht verlustig erklärt werden können, vorbehaltlich ihres Rechts auf einen Teil des Erlöses. — Über Umtausch von Mitgliedscheinen bei Übertragung des Vermögens einer AG. als Ganzes an eine andere AG. oder KAG. vgl. § 305 Abs. 3. — Über die Stellung der Wahl zwischen Zuzahlung und Benachteiligung des Anteilrechts vgl. § 276 Anm. V c.

III. **Unterlassen der Einreichung oder der Zurverfügungstellung** als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Kraftloserklärung. Das Wort „Kraftloserklärung" ist, wie in § 228, so auch in § 290 nur mit Bezug auf Urkunden gebraucht (oben Anm. II a). — Bereits nach früherem Recht wurde die Zulässigkeit der Kraftloserklärung in solchen Fällen anerkannt (RG. **36** 137, **37** 132, **38** 98 gegen ROH. **20** 96, **25** 262). Nach § 290 Abs. 1 ist die Kraftloserklärung in zwei Fällen zulässig:

a. **Nichteinreichung trotz erfolgter Aufforderung** (§ 290 Abs. 1 Satz 1). Die Aufforderung wirkt nur, wenn sie unter Beobachtung der Vorschriften des § 290 Abs. 2 (unten Anm. IV) erfolgt.

b. **Eingereichte Mitgliedscheine** (§ 290 Abs. 1 Satz 2), wenn die nachstehenden beiden Voraussetzungen vorhanden sind:

1. Die eingereichten Mitgliedscheine erreichen nicht die zum Ersatz durch neue Mitgliedscheine erforderliche Zahl („Spitzen"). Nur diejenige Zahl der alten (demselben Anteilberechtigten zustehenden und auf eine gleiche Aktiengattung entfallenden) Mitgliedscheine kann für kraftlos erklärt werden, welche nicht teilbar ist durch die Zahl der alten Mitgliedscheine, die für den Umtausch in neue Mitgliedscheine erforderlich ist. — Die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, den Aktionären die Verwertung der Spitzen durch Anwendung des in § 290 zugelassenen Verfahrens zu erleichtern, sie kann ihnen überlassen, sich, soweit zur Verwertung der Spitzen erforderlich, gegenseitig zu finden (RG. 30 XI 03 HoldheimsMSchr. **04** 112).

2. Unterlassen seitens der Beteiligten, diese Mitgliedscheine zur Verfügung der Gesellschaft behufs Verwertung für Rechnung der Beteiligten zu stellen. Eine besondere Aufforderung, die Mitgliedscheine in dieser Weise zur Verfügung zu stellen, ist nicht erforderlich, liegt vielmehr in der Aufforderung zur Einreichung; dagegen ist anzunehmen, daß eine hierauf bezügliche Androhung erforderlich ist (unten Anm. IV).

IV. **Verfahren der Kraftloserklärung** (§ 290 Abs. 2).

a. **Aufforderung zur Einreichung der Mitgliedscheine.** Vgl. § 218 Anm. II. Mit der Aufforderung zur Einreichung der Mitgliedscheine ist die Androhung der Kraftloserklärung zu verbinden (§ 290 Abs. 2 Satz 1). Die Kraftloserklärung muß sowohl für den Fall des § 290 Abs. 1 Satz 1, wie für den Fall des § 290 Abs. 1 Satz 2 angedroht werden, widrigenfalls nur für denjenigen Fall, auf welchen sich die Androhung bezieht, die Kraftloserklärung zulässig ist.

b. **Bekanntmachung der Aufforderung.** Vgl. § 219 Anm. IIc. Die Aufforderung muß dreimal in den Gesellschaftsblättern bekannt gemacht (§ 182 Anm. IVb 7) werden; die erste Bekanntmachung muß mindestens drei Monate, die letzte Bekanntmachung mindestens einen Monat vor dem Ablauf der für die Einreichung (oder Zurverfügungstellung) gesetzten Frist erfolgen (§ 290 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1, § 219 Abs. 2 Satz 1). Gemeint ist wohl, daß auch § 219 Abs. 2 Satz 2, wonach unter Umständen auch der Erlaß einer nichtöffentlichen Aufforderung an die säumigen Aktionäre genügt, zur entsprechenden Anwendung kommen soll; allerdings bezeichnet § 219 Abs. 2 Satz 2 dies Verfahren nicht als „Bekanntmachung".

c. **Kraftloserklärung.** Vgl. § 219 Anm. III. Die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, dem Kraftloserklärungsverfahren auch die Kraftloserklärung folgen zu lassen. Die Erklärung ist von der Gesellschaft durch ihre gewöhnlichen Vertreter abzugeben. Sie erfolgt durch Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern (§ 290 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2, § 182 Anm. IVb 7). Über das Erlöschen der Ansprüche aus nicht fälligen Gewinnanteilscheinen vgl. § 228 Anm. II.

V. **Verkauf der neuen Anteilrechte.** Vgl. § 220 Anm. III. Der Verkauf muß für Rechnung der Beteiligten erfolgen. Ein Beschluß der Generalversammlung, die trotz Aufforderung nicht einreichenden Aktionäre für ihres Anteilrechts völlig verlustig zu erklären, würde gegen deren Sonderrecht (§ 250 Anm. IIc 8) verstoßen (RG. 37 131, 38 99). Doch ist dies Sonderrecht ein verzichtbares; daher tritt Heilung des Mangels z. B. dann ein, wenn alle Aktionäre tatsächlich die Mitgliedscheine einreichen (RG. 38 99). Der Erlös muß den Beteiligten gezahlt, oder er muß hinterlegt werden („ist"). Letzteres darf nur geschehen, wenn nach allgemeinen Grundsätzen eine Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist. Hierüber bestimmt BGB. § 372:

> „Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten kann der Schuldner bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle für den Gläubiger hinterlegen, wenn der Gläubiger im Verzuge der Annahme ist. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder in Folge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann."

Soweit der Gesellschaft die Personen der an den einzelnen ursprünglichen Anteilrechten Berechtigten bekannt sind, hat sie den diesen zukommenden Teil des Erlöses gesondert zu berechnen und ihnen auszuzahlen oder zu hinterlegen. Soweit eine Mitberechtigung an einzelnen der ursprünglichen Anteilrechte bestand, stehen die am Erlös der neuen Anteilrechte Beteiligten in einer Gemeinschaft nach Bruchteilen (BGB. §§ 741 ff.). Zahlung oder Hinterlegung können schon vor Ablauf der Sperrzeit geschehen (Goldmann Nr. 9, Staub[8]-Pinner Anm. 7; dagegen Ring Nr. 3), da die Herabsetzung des Grundkapitals schon vor Ablauf der Sperrzeit stattfinden kann (§ 289 Anm. IVd) und die hier fraglichen Beträge nicht zu dem infolge der Herabsetzung frei werdenden Teil des Grundvermögens gehören, der allein gesperrt ist.

§ 291.

Anmeldung des Erfolgtseins.

Die erfolgte Herabsetzung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

ADH. — **Entw. I —** **Entw. II —**

I. **Erfolgte Herabsetzung des Grundkapitals.**

a. **Begriff.** Vgl. § 278 Anm. Ib, IIa—e. Über die Nichtanwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen der §§ 274—277 auf das Erfolgen der Herabsetzung vgl. § 278 Anm. Ib. Verbindung von Herabsetzung mit Erhöhung vgl. § 278 Anm. IV.

b. **Zeitpunkt.** Vgl. § 278 Anm. IIf 2. Bei Festsetzung nur eines Höchstbetrags im Herabsetzungsbeschluß vgl. § 278 Anm. III.

II. **Anmeldung.**

a. **Zuständiges Gericht.** Vgl. § 284 Anm. IIa. Die Anmeldung hat sowohl bei dem Registergericht des Sitzes wie auch bei den Registergerichten der nicht am Ort des Sitzes befindlichen Niederlassungen zu erfolgen.

b. **Anmeldepflichtig** sind bezüglich aller Registergerichte sämtliche Mitglieder des Vorstands. Vgl. § 289 Anm. I a.

c. **Erzwingung durch Ordnungsstrafen** ist zulässig (§ 14; ebenso Pinner Anm. 4, Ring Nr. 7, Goldmann Nr. 5, Staub[8]-Pinner Anm. 2; dagegen Simon 211, Esser Anm. 1, Königs Anm. 320).

d. **Verbindung mit der Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses** ist zwar nicht ausdrücklich zugelassen, aber auch nicht ausgeschlossen, daher für an sich zulässig zu erachten (ebenso LG. Hamburg 19 III 02 HoldheimsMSchr. 03 230, Staub[8]-Pinner Anm. 5; dagegen früher Pinner Anm. 3). Die Vorschriften über Einhaltung der Sperrzeit stehen nicht entgegen (§ 289 Anm. IV d). Häufig wird allerdings im Herabsetzungsbeschluß entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch Bezugnahme auf vorher zu bewirkende Ausführungsmaßregeln (§ 288 Anm. III) ein späterer Zeitpunkt für das „Erfolgen" der Herabsetzung in Aussicht genommen sein und hierdurch eine getrennte Anmeldung des Beschlusses und des „Erfolgens" erforderlich werden.

Fünfter Titel.

Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

I. Auflösung (§§ 292, 293).

§ 292.

Auflösungsgründe.

Die Aktiengesellschaft wird aufgelöst:

1. durch den Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit;
2. durch Beschluß der Generalversammlung; der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen;
3. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft.

Die Vorschriften dieses Titels kommen auch zur Anwendung, wenn die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus anderen Gründen erfolgt.

ADH. Art. 242. **Entw. I** § 265. **Entw. II** § 283.

I. Auflösungsgründe.
a. Zeitablauf.
b. Beschluß der Generalversammlung.
c. Konkurs.
d. Einziehung aller Anteilrechte oder sonstiges Ausscheiden aller Aktionäre.
e. Übertragung des Gesellschaftsvermögens im ganzen.
f. Auflösung wegen Gefährdung des Gemeinwohls.
g. Wegfall oder Unmöglichwerden des Gegenstandes des Unternehmens.
II. Auflösung der Gesellschaft.
III. Fortbestehen der Gesellschaft.

I. **Auflösungsgründe.** Die in § 292 Abs. 1 enthaltene Aufzählung von Auflösungsgründen ist nicht erschöpfend; dies ist in Abs. 2 („aus anderen Gründen") zum Ausdruck gekommen (D. 161).

a. **Zeitablauf** (§ 292 Abs. 1 Nr. 1). Vgl. § 131 Anm. I a.

1. Festsetzung der Zeitbeschränkung. Hierunter fällt auch eine Vorschrift, inhalts deren die Auflösung bestimmte Zeit nach erfolgter Kündigung geschehen soll (RG. 14 XI 03 JW. 04 44[14]). Die Festsetzung einer Zeitdauer ist im Zweifel nur als Höchstbegrenzung auszulegen; dadurch soll nicht ein Beschluß über frühere Auflösung verboten werden. Nicht notwendig ist, daß überhaupt eine bestimmte Zeit für die Dauer der Gesellschaft in der

Satzung festgesetzt ist (§ 182 Anm. VI 3). Ist eine solche Dauer festgesetzt, so muß die hierüber lautende Bestimmung der Satzung eingetragen sein (§ 198 Abs. 2). Die Beschränkung auf eine bestimmte Zeit kann sowohl in der ursprünglichen Satzung, wie durch spätere Satzungsänderung erfolgen. Zwar besteht kein Sonderrecht auf Nichtauflösung vor dem Ablauf der satzungsmäßigen Dauer (ROH. **14 366**); indessen müssen für einen die Dauer beschränkenden Beschluß die Erfordernisse des § 292 Abs. 1 Nr. 2 erfüllt sein (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 5, Pinner Anm. III 1 a, Ring Nr. 2; dagegen Esser Anm. 1, Goldmann Nr. 4), da anderenfalls die Notwendigkeit der in letzterer Vorschrift vorgesehenen erhöhten Mehrheit auf diesem Weg stets umgangen werden könnte. — Ist eine Zeitbeschränkung festgesetzt, so tritt die Auflösung dann von selbst, ohne erneuten Beschluß, bei Ablauf der Zeit ein (ROH. **14 366**); eine stillschweigende Fortführung des Betriebs ändert hieran nichts. Ein nach Eintritt des festgesetzten Zeitpunkts gefaßter Verlängerungsbeschluß macht die Auflösung nicht rückgängig (RG. 14 XI 03 JW. **04** 44[14], § 307 Anm. II a).

2. Wiederaufhebung der Zeitbeschränkung. Soll verhindert werden, daß bei Ablauf der in der Satzung angegebenen Zeit die Auflösung eintritt — sei es, daß die bestimmte Zeit nur verlängert werden, sei es, daß die Zeitbeschränkung ganz in Fortfall gebracht werden soll —, so bedarf es eines vor jenem Zeitpunkt einzutragenden (§ 277 Abs. 3) Satzungsänderungsbeschlusses (§ 274 Anm. I c 4). In der Errichtungsversammlung kann ein dahingehender Beschluß nur unter Zustimmung aller erschienenen Aktionäre gefaßt werden (§ 196 Abs. 5 Satz 2).

b. **Beschluß der Generalversammlung** (§ 292 Abs. 1 Nr. 2). Vgl. § 131 Anm. I b. Die Fälle der §§ 303—306 sind im Gesetz nicht als Sonderfälle eines Auflösungsbeschlusses aufgefaßt, vielmehr als Beschlüsse besonderer Art, an welche nur das Gesetz die Folge der Auflösung knüpft, soweit Auflösung nicht schon vorher erfolgt war. Erfordernisse für den Auflösungsbeschluß sind:

1. Einfache Stimmenmehrheit (§ 251 Abs. 1; vgl. § 275 Anm. I b 2).
2. Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals (§ 275 Anm. I b 1).
3. Etwaige fernere Erfordernisse gemäß Satzung (vgl. § 275 Anm. II c 3).
4. Steht dem Auflösungsbeschluß die Satzung entgegen — z. B. weil in der betreffenden Satzung eine weiterreichende Zeitdauer als nicht abkürzbar (vgl. jedoch oben Anm. I a 1) festgesetzt ist —, so muß die Fassung und Eintragung eines entsprechenden Satzungsänderungsbeschlusses vorhergehen oder mindestens gleichzeitig geschehen (§ 274 Anm. I c 2, d); nicht genügt, daß ohne ausdrückliche Satzungsänderung der Auflösungsbeschluß gefaßt und nur für letzteren neben den Erfordernissen eines Auflösungsbeschlusses auch die Erfordernisse eines Satzungsänderungsbeschlusses beobachtet werden (ebenso Goldmann Nr. 7; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 6, Pinner Anm. III 2 a, Ring Nr. 3).

c. **Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen** (§ 292 Abs. 1 Nr. 3). Vgl. § 131 Anm. I c. Über den Antrag auf Eröffnung des Gesellschaftskonkurses vgl. § 210 Anm. II d. Über die Verpflichtung des Vorstands zur Beantragung der Konkurseröffnung vgl. § 240 Anm. III. Über die Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, falls Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Überschuldung sich ergeben hat, vgl. § 241 Anm. II, III c 6, § 249 Anm. II, III. Über die Zulässigkeit einer Fortsetzung der Gesellschaft nach Abschluß eines Zwangsvergleichs oder nach Einstellung gemäß ihrem Antrag, vgl. § 307 Abs. 2, 3.

1. Ausschließliche Berechtigung des Konkursverwalters. Im Fall der Konkurseröffnung tritt keine Liquidation ein (§ 294 Abs. 1); vielmehr steht fortan dem Konkursverwalter das ausschließliche (RG. **14** 419, **16** 338) Recht zu, das Gesellschaftsvermögen zu verwalten und darüber zu verfügen (KO. § 6).
2. Rückständige Mitgliedschaftsleistungen. Dem Verwalter steht insbesondere auch das Recht zu, gegenüber den Aktionären rückständige Mitgliedschaftsleistungen einzufordern (RG. **45** 155, KG. 4 III 03 OLGRspr. **6** 502, § 300 Abs. 3 Satz 2, vgl.

§ 171 Anm. I a). Eine etwaige satzungsmäßige Beschränkung der Einforderung durch deren Bindung an die Zustimmung einer anderen Gesellschaftsbehörde (z. B. des Aufsichtsrats) dauert neben der unbeschränkten gesetzlichen Vertretungsmacht des Verwalters nicht fort (RG. 45 155). Zulässig ist die Einrede, daß zur Deckung der Schulden einschließlich der Massekosten die eingeforderten Beträge nicht erforderlich seien (RG. 25 III 99 JW. 306[15], RG. 45 155, 51 38; dagegen ROH. 22 136, in welchem Fall der Inanspruchgenommene sich allerdings auf bloßes Bestreiten der Notwendigkeit beschränkt hatte). Über die Einwendung, daß Zahlung nur gegen Aushändigung von Mitgliedscheinen gefordert werden könne, vgl. § 179 Anm. II a. Inwieweit auch im Konkurs die Einforderung eine gegenüber allen Beteiligten gleichmäßige sein muß, vgl. § 218 Anm. II a. Ob wiederkehrende Leistungen und eine für den Fall ihrer Nichtleistung bedungene Vertragsstrafe auch für die Zeit nach Konkurseröffnung eingefordert werden dürfen, vgl. § 212 Anm. I a, d. Über das Recht des Verwalters zur Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger aus Obliegenheitsverletzungen der Mitglieder von Vorstand oder Aufsichtsrat vgl. § 241 Anm. III f, § 249.

3. Die Behörden der Gesellschaft (Vorstand, Aufsichtsrat, Generalversammlung) bleiben während des Konkursverfahrens zwar bestehen; jedoch mit der Beschränkung, daß sie nur für bestimmte einzelne Handlungen innerhalb des Konkursverfahrens zuständig sind, durch welche im Konkursverfahren Pflichten des Gemeinschuldners gegen die Konkursgläubiger oder Rechte des Gemeinschuldners gegen den Verwalter betätigt, oder behufs Wiederaufhebung des Konkurses Verpflichtungen, die nur für den Fall dieser Wiederaufhebung wirksam werden sollen, übernommen werden (RG. 14 418, 16 338; vgl. auch ROH. 16 286). War bereits vor Konkurseröffnung die Liquidation eingetreten, so bleibt auch die Behörde der Liquidatoren mit entsprechend beschränkten Befugnissen neben dem Verwalter bestehen (§ 298 Abs. 2; zust. Ring Nr. 10, Staub[8]-Pinner Anm. 12; dagegen Staub[7] Anm. 8). — Auch während des Konkurses ist daher für Vorhandensein des Aufsichtsrats zu sorgen (§ 315 Anm. I) und Entlassung und Neuwahl von Vorstandsmitgliedern zulässig (OLG. Hamburg 19 X 87 ZHR. 37 554). Ebenso ist die Berufung der Generalversammlung zulässig (gegen die gegenteilige Ansicht des LG. I Berlin KGBl. 8 93 vgl. ZHR. 43 330, Staub in KGBl. 93 107). Kündigt der Verwalter den Vorstandsmitgliedern, so wird dadurch nur das Fortbestehen des Dienstvertrags, nicht aber das Fortbestehen der Vertretungsmacht berührt. Das Fortbestehen der Vertretungsmacht gibt ihnen aber keinen Vergütungsanspruch gegenüber der Konkursmasse. Dasselbe gilt von den während des Konkursverfahrens Neugewählten (KG. 4 III 03 OLGRspr. 6 500).

4. Sonderrechte des Aktionärs gewähren im Konkurs der Gesellschaft keine „Konkursforderung"; ein Gläubigerrecht gewährt eine solche (§ 250 Anm. II b).

d. **Einziehung aller Anteile oder sonstiges** (§ 250 Anm. II c 1) **Ausscheiden aller Aktionäre.**

Die Einziehung aller Anteile ist als Auflösungsgrund erwähnt in D. 161. In der Tat liegt Auflösung vor; gleichzeitig aber Vollbeendigung (vgl. unten Anm. II der Gesellschaft (Hahn Art. 242 § 6), denn mit dem Augenblick der Auflösung sind bereits alle bisherigen Aktionäre wegen ihres Anspruchs auf einen Vermögensbruchteil durch die Einziehung abgefunden oder haben diesen Anspruch durch ihren Austritt freiwillig aufgegeben. In anderen Fällen bleiben nach erfolgter Auflösung zwar auch nie mehr Vereinsmitglieder, sondern stets nur frühere (zur Zeit der Auflösung vorhanden gewesene) Mitglieder bzw. deren Rechtsnachfolger übrig, im vorliegenden Fall aber sind auch solche nicht mehr vorhanden; in den anderen Fällen ist das Erlöschen der Mitgliedschaft Folge der Auflösung, hier aber umgekehrt die Auflösung Folge des Erlöschens der Mitgliedschaft. Eine Liquidation kann (trotz § 294 Abs. 1) nicht eintreten, da eine Generalversammlung nicht mehr gebildet werden kann. Das Vermögen fällt in entsprechender Anwendung des BGB. §§ 45 Abs. 3, 46 an den Fiskus (ähnlich Staub[8]-Pinner Anm. 19, Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 11). Die Auflösung und Vollbeendigung tritt ein, wenn das letzte Anteilrecht eingezogen oder aufgegeben ist.

Das Sinken der Zahl der Aktionäre auf weniger als fünf Personen

insbesondere die Vereinigung aller Anteilrechte in einer Hand hat eine Auflösung nicht zur Folge (RG. 3 127, 23 204, RG. 25 II 97 JW. 191[21], 20 VI 04 JW. 503[35]; vgl. RG. 22 116; ebenso für die Gewerkschaft RG. 48 314, für die GmbH. OLG. Hamburg 24 X 04 OLGRspr. 10 240; anders bei Entstehung der AG. § 182 Anm. IIIb). Die für „eingetragene Vereine" geltende Vorschrift des BGB. § 73 ist nicht entsprechend anwendbar. Ebensowenig bewirkt der Tod des einzigen Aktionärs die Auflösung, da nach seinem Tod seine Erben, in letzter Reihe der Fiskus (BGB. § 1936), als Rechtsnachfolger eintreten (§ 250 Anm. IIc 1). Wird eine Aktiengesellschaft, deren Anteilrechte in einer Hand vereinigt sind, aufgelöst, so ist der eine Aktionär nicht deren Gesamtrechtsnachfolger; zur Übertragung der Grundstücke der AG. an ihn bedarf es daher der Auflassung (RG. 17 XI 05 JW. 06 46[60], KG. 9 X 99 KGJ. 19 86, 23 VI 02 OLGRspr. 5 378). Die preußische Stempelsteuer läßt sich vermeiden durch Abschluß eines Vertrags, wodurch an den einzigen Aktionär das Gesellschaftsvermögen im ganzen gegen Aufgabe seiner Anteilrechte übertragen wird (Staub[8]-Pinner Anm. 18).

e. **Beschluß der Übertragung des Gesellschaftsvermögens im ganzen** (§§ 303—306; vgl. § 303 Abs. 2).

1. Allgemeines. Über die Verschiedenheit dieses Beschlusses von einem Auflösungsbeschluß vgl. oben Anm. Ib. In denjenigen Fällen, in denen die Übertragung ohne Liquidation erfolgt und der Übertragungsbeschluß erst gleichzeitig mit Eintritt der Gesamtnachfolge wirksam wird, tritt gleichzeitig mit Auflösung der Gesellschaft deren Vollbeendigung ein. — An sich ist der Fortfall jedes Vermögens ebensowenig bei der AG. wie bei anderen Vereinen Auflösungsgrund (Staub[8]-Pinner Anm. 23, Pinner Anm. III 4g; dagegen RG. 14 418; vgl. RG. 15 103). — Über Verschmelzung von Gesellschaften nach englischem Recht vgl. RG. 60 60.

2. Insbesondere Umwandlung in andere Gesellschaftsform. Die Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform (vgl. § 131 Anm. Ii, RG. 26 336) kann bei der Aktiengesellschaft nicht anders als unter Auflösung der AG. erfolgen (vgl. § 307 Abs. 1); nur ist für bestimmte Fälle zugelassen, daß keine Liquidation stattzufinden braucht. So auch bei Umwandlung in eine KAG. (vgl. § 305), während umgekehrt die Umwandlung einer KAG. in eine AG. auch ohne Auflösung der ersteren zulässig ist (§ 333 Anm. IIb). Auflösung ist erforderlich auch bei Umwandlung einer AG. in eine Genossenschaft (RG. 15 II 98 HoldheimsMSchr. 172, Pinner § 303 Anm. V 1). Ebenso ist Auflösung erforderlich bei Umwandlung einer AG. in eine Gewerkschaft (OLG. Braunschweig 14 XII 93 ZHR. 47 101), während umgekehrt die Umwandlung einer Gewerkschaft in eine AG. ohne Änderung der Rechtsperson für zulässig erachtet ist (RG. 26 336; dagegen Pinner § 303 Anm. V 2; dahingestellt RG. 44 281). Über Auflösung einer AG. zwecks Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung bestimmt GmbHG. § 80. Umwandlung einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit in eine AG. ist nur möglich unter Änderung der Rechtsperson (KG. 22 XII 02 KGJ. 25 A 287 OLGRspr. 6 114). Über Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine AG. vgl. § 131 Anm. Ii. — Hiernach kann bei der AG. eine Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform ohne Änderung der Persönlichkeit nicht vorkommen; jede Umwandlung einer AG. kann sich vielmehr nur in den Formen einer Übertragung des Gesellschaftsvermögens im ganzen an eine andere Person vollziehen. Wenn daher § 307 Abs. 1 die Veräußerung im ganzen und die Umwandlung als gleichstehende Fälle nebeneinander stellt, statt letzteres nur als Unterfall des ersteren zu nennen, so ist man zu der Annahme gezwungen, daß in § 307 „Veräußerung" einen beschränkteren Sinn haben soll als „Übertragung" (§ 303 Anm. Ib). — Beschlüsse, die mit dem Wesen der AG. nicht verträglich sind, bewirken keine Umwandlung, wenn letztere nicht gewollt ist, sondern sind nichtig (RG. 21 158; vgl. § 274 Anm. Ic 2).

3. Insbesondere Verlegung des Sitzes in das Ausland. Die Verlegung des inländischen Sitzes in das Ausland ist ein besonderer Fall der Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform; denn die Form der ausländischen AG. ist vom Standpunkt des deutschen Rechts eine andere als die Form der inländischen AG. Die Verlegung ist mit-

hin nur zulässig im Weg einer Auflösung der inländischen AG. unter Übertragung des Vermögens im ganzen an die ausländische AG.; schon aus diesem Grund muß daher in solchem Fall Liquidation eintreten (§ 294 Abs. 1), da der Ausnahmefall der nur auf eine inländische übernehmende AG. oder KAG. anwendbaren §§ 305, 306 nicht Platz greift. Ein Beschluß, den Sitz in das Ausland zu verlegen, deutet auf den Willen, die bisherige Persönlichkeit der Gesellschaft nicht untergehen zu lassen; da dies aber unzulässig, ist er nichtig (Staub[7] Anm. 14), er kann nicht (was RG. 7 70, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 5, Staub[8]-Pinner Anm. 20 annehmen) als Auflösungsbeschluß gedeutet und als solcher aufrecht erhalten werden. — Ob die Verlegung des Sitzes einer ausländischen AG. in das Inland deren Auflösung nötig macht, entscheidet sich nach ausländischem Recht. Verlangt dieses nicht die Auflösung, so ist eine Umwandlung ohne Änderung der Persönlichkeit auch vom Standpunkt des inländischen Rechts nicht ausgeschlossen (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 20); allerdings entstehen mangels gesetzlicher Regelung viele Zweifel über die näheren bei der Umwandlung zu beobachtenden Formen; diese Zweifel sind aber keine anderen als bei der vom Reichsgericht für zulässig erachteten Umwandlung einer Gewerkschaft in eine AG. ohne Änderung der Persönlichkeit.

f. **Auflösung wegen Gefährdung des Gemeinwohls.**

Nimmt man an, daß die landesgesetzlichen Vorschriften über Auflösung wegen Gefährdung des Gemeinwohls (Makower[13] 3 438, 449, 467, 484, 493, 499) überhaupt neben dem BGB. §§ 43, 44 Bestand haben, a. a. O. 3 439), so ist auch dies ein Auflösungsgrund mit den gewöhnlichen Folgen der Auflösung, insbesondere Liquidation (§ 294 Abs. 1) und Verteilung des überschüssigen Vermögens an die Mitglieder (§ 300). Die obige Annahme ist aber nur möglich unter der Voraussetzung, daß Auflösung und Entziehung der Rechtsfähigkeit sich voneinander unterscheiden (a. a. O. 3 439).

Unterscheiden sie sich aber, so ist Entziehung der Rechtsfähigkeit (BGB. § 43; die BGB. § 43 anwendbar auf die AG., vgl. hinter HGB. § 319) kein Auflösungsgrund (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 16); der Verein besteht als nicht rechtsfähiger fort (vgl. § 1[illegible] Anm. II b), da sein Fortbestehen nicht durch Vorhandensein von Vermögen bedingt ist (oben Anm. I e 1); er verliert nur sein Vermögen. Und zwar fällt mangels satzungsmäßiger Bestimmung des Anfallberechtigten das Vermögen ohne Liquidation an den Fiskus des Bundesstaats des Vereinssitzes, wenn die AG. nach ihrer Satzung nicht ausschließlich den Interessen ihrer Mitglieder diente (BGB. § 45 Abs. 3), §§ 46, 47; dagegen Simon ZHR. 49 18); anderenfalls findet Liquidation und Verteilung des Vermögens an die Aktionäre statt; nur im letzteren Fall kann dann in Frage kommen, ob — was wohl anzunehmen — die Sonderbestimmungen des HGB. §§ 295—302 auch auf diesen Fall entsprechend anwendbar sind oder lediglich die allgemeinen Vorschriften des BGB. §§ 45, 47—53 zur Anwendung kommen.

Entziehung der Befugnis zum Gewerbebetrieb ist kein Auflösungsgrund (Staub[8]-Pinner Anm. 16; anders bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit PrivVersUG. § 67 Abs. 3), wie auch bei Entstehung nur als Ordnungsvorschrift das Vorhandensein der etwa notwendigen staatlichen Genehmigung für den Gegenstand des Unternehmens erfordert ist (§ 195 Anm. I f 12).

g. **Wegfall oder Unmöglichwerden des Gegenstands des Unternehmens?** Dies ist kein Auflösungsgrund (OLG. Stuttgart 30 XII 87 ZHR. 40 477, Pinner Anm. III 4 d, M. 240). Ebenso nicht der Verkauf des betriebenen Geschäfts (OLG. Stuttgart a. a. O.) außer bei Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen (§ 303 Abs. 1; vgl. § 298 Anm. II b). Bei der AG. hat weder ein einzelner Aktionär noch eine Mehrheit von Aktionären ein dem § 133 entsprechendes Recht auf Auflösung wegen wichtigen Grundes (M. 240); bezüglich der KAG. vgl. § 330 Anm. I c.

II. **Auflösung** der Gesellschaft. Vgl. § 131 Anm. II. Auch bei der Aktiengesellschaft hat die Auflösung als solche nicht die Bedeutung einer alsbaldigen Beendigung aller mit der Gesellschaft zusammenhängenden Beziehungen; die besondere juristische Person besteht vielmehr fort, bis die Erschöpfung des vorhandenen Gesellschaftsvermögens zu der Auflösung hinzukommt.

(ROH. 19 163, 195, 22 137, 243, RG. 15 103, 41 95, 48 312; vgl. § 131 Anm. II). Bestandteil des Gesellschaftsvermögens sind auch die Forderungen, z. B. die auf unzulässige Verteilung von Gesellschaftsvermögen gegründeten (RG. 48 313). Erst nach Erschöpfung des Gesellschaftsvermögens tritt das „Aufhören" oder die „Vollbeendigung der Gesellschaft" ein (RG. 20 III 00 JW. 413[9]). Die sofortige Beendigung der selbständigen Persönlichkeit erfolgt mithin nur in denjenigen Fällen, in denen die Auflösung mit der sofortigen liquidationslosen Übertragung des Gesellschaftsvermögens an einen anderen zusammenfällt. — Von der Auflösung zu unterscheiden sind Entziehung der Rechtsfähigkeit (vgl. oben Anm. I f) und Nichtigerklärung (§ 309).

III. **Fortbestehen** (= Fortsetzung) der Gesellschaft. Vgl. § 131 Anm. III, § 307.

§ 293.

Anmeldung der Auflösung.

Die Auflösung der Gesellschaft ist außer dem Falle des Konkurses durch den Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

ADH. Art. 243 Abs. 1. **Entw. I** § 266. **Entw. II** § 284.

I. **Anmeldepflichtig** ist der Vorstand (§ 234 Anm. I c). Ist nicht mehr die zur Vertretung berechtigende Zahl von Vorstandsmitgliedern vorhanden, so ist wohl trotz erfolgter Auflösung zunächst der Vorstand zu ergänzen (§ 296 Anm. I b).

II. **Anzumeldende Tatsache.** Vgl. § 143 Anm. I. Anzumelden ist die Auflösung (§ 292 Anm. II) der Gesellschaft. Nicht jedoch, falls die Auflösung durch Konkurseröffnung erfolgt; die Eintragung der Konkurseröffnung hat dann von Amts wegen zu erfolgen gemäß HGB. §§ 32, 6, KO. § 112. — Über die Anmeldung des Erlöschens der Firma bestimmt nicht § 293, sondern § 31 Abs. 2, § 302 Abs. 1. Nach § 304 Abs. 5, § 306 Abs. 1 erlischt die Firma einer AG. kraft Gesetzes mit der Eintragung des Beschlusses einer Übertragung des Vermögens der AG. als ganzes an das Reich, einen Bundesstaat oder einen inländischen Kommunalverband oder an eine andere AG. oder an eine KAG. gegen Gewährung von Anteilen der übernehmenden Gesellschaft, in beiden Fällen wenn gleichzeitig das Unterbleiben der Liquidation vereinbart ist. Da in diesen Fällen an die Eintragung des Beschlusses das Gesetz unmittelbar das Erlöschen der Firma knüpft, so ist hier eine besondere Anmeldung des Erlöschens der Firma nicht für erforderlich zu erachten, vielmehr die Firma von Amts wegen zu löschen. — Über die Anmeldung der ersten Liquidatoren vgl. § 296.

III. **Form der Anmeldung.** Vgl. § 12 Anm. I. Die Anmeldung hat bei den Registergerichten aller Niederlassungen stattzufinden (§ 13 Abs. 1).

IV. **Wirkung der Eintragung.** Die allgemeinen Regeln des § 15 finden Anwendung; die Auflösung tritt mithin ein, wennselbst keine Eintragung folgt, und nur Dritten gegenüber ist die Eintragung oder Nichteintragung erheblich. Nimmt man an, daß unter Umständen in einem Auflösungsbeschluß eine Satzungsänderung liegen kann (dagegen § 292 Anm. I b 4), so würde in jenen Fällen die strengere Regel des § 277 Abs. 3 Platz greifen.

II. Liquidation (§§ 294—302).

§ 294.

Notwendigkeit. Rechtsverhältnisse während Liquidation.

Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.

Bis zur Beendigung der Liquidation kommen die Vorschriften der vorausgehenden Titel zur Anwendung, soweit sich nicht aus diesem Titel oder aus dem Zwecke der Liquidation ein Anderes ergiebt.

ADH. —; (vgl. Art. 244a). **Entw. I** § 267. **Entw. II** § 285.

I. Liquidation.

a. **Notwendigkeit.** Bei der offenen Handelsgesellschaft kann durch Beschluß der Gesellschafter die gesetzliche Regel der Liquidation ausgeschlossen werden (§ 145 Anm. II a, III a). Im Gegensatz hierzu schreibt § 294 Abs. 1 für die Aktiengesellschaft vor, daß hier die Liquidation die notwendige, weder durch Beschluß der Generalversammlung noch selbst durch Zustimmung aller Aktionäre zu beseitigende Folge der Gesellschaftsauflösung ist (vgl. D. 162). Ausnahmen sind nur anerkannt für den Fall des Konkurses (§ 294 Abs. 1), in welchem nur „Liquidation" eintritt, und für den Fall einer Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen, wobei zwar in der Regel die Liquidationsvorschriften mit gewissen Maßgaben zur Anwendung kommen (§ 303 Abs. 3), aber in bestimmten Fällen die Liquidation ganz ausgeschlossen werden kann (§ 304 Abs. 1, § 306 Abs. 1, GmbHG. 80). Auch für den Fall der Einziehung oder des Aufgebens aller Anteilrechte muß eine Ausnahme von der Regel des Eintretens der Liquidation zugestanden werden (§ 292 Anm. I d). Dagegen bleibt Liquidation notwendig auch, wenn alle Anteilrechte in einer Hand vereinigt sind (OLG. Karlsruhe 5 VIII 03 OLGRspr. 9 268). — Die Vorschriften über Liquidation kommen zur entsprechenden Anwendung auch in bestimmten Fällen der Abwickelung ohne vorherige Auflösung, nämlich bei Nichtigkeit der Gesellschaft (§ 311) und wohl unter Umständen auch bei Entziehung der Rechtsfähigkeit (§ 292 Anm. I f). — Die Wiederaufhebung einer begonnenen Liquidation durch Generalversammlungsbeschluß ist unzulässig außer in den Fällen des § 307 Abs. 1 (§ 307 Anm. II).

b. **Gegenstand** der Liquidation ist die Abwicklung der Rechtsverhältnisse der Gesellschaft zu Dritten und zu den Aktionären. Vgl. § 145 Anm. II b.

c. **Wirkung**; insbesondere bezüglich etwaiger Änderung der Rechte aus bestehenden Verträgen. Vgl. § 145 Anm. II c, BGB. § 321. Über den Einfluß der Liquidation auf die Prokura vgl. § 48 Anm. I b, § 298 Anm. I h.

d. **Beendigung.** Vgl. § 156 Anm. IV, § 302 Abs. 4.

II. Während Liquidation zur Anwendung kommende Vorschriften. Vgl. § 156. Soweit die Vorschriften zur Anwendung kommen, treten überall die Liquidatoren an die Stelle des Vorstands und der Vorstandsmitglieder (§ 298 Abs. 2), da der Vorstand während Liquidation nicht fortbesteht (unten Anm. II c 1). — Der § 294 Abs. 2 ist entsprechend anwendbar auch in den Fällen, in denen die Auflösung der Gesellschaft die Liquidation nicht zur Folge hat, für die Zeit, während deren noch Gesellschaftsvermögen vorhanden und die Firma nicht erloschen ist (D. 162).

a. **Vorschriften des ersten Titels. Allgemeine und Gründungsvorschriften.**

1. **§§ 178—185 HGB.** Grundkapital, Haftung der Gesellschafter, Mindernennbetrag, Unterzeichnung der Mitgliedscheine, Satzungsinhalt, Aktienarten, Ausgabebetrag, Aktiengattungen. Anwendbar. Über die Art der Bestellung und Zusammensetzung der Liquidatoren braucht jedoch die Satzung nichts zu bestimmen, da die entsprechende Anwendung des § 182 Abs. 2 Nr. 4 durch § 295 ausgeschlossen ist.

2. **§§ 186—208 HGB.** Gründungsvorschriften. Anwendbar, soweit die vor Eintritt der Liquidation erfolgte Gründung auf die spätere Zeit hinauswirkt. Da die Liquidation nur nach Auflösung einer entstandenen Gesellschaft erfolgen kann, so muß bei Eintritt der Liquidation die Gründung stets bereits abgeschlossen sein. Anders bei entsprechender Anwendung der Liquidationsvorschriften gemäß § 311.

3. **§ 209 HGB.** Nichtige Mitgliedscheine. Anwendbar.

b. **Vorschriften des zweiten Titels. Rechtsverhältnisse der Gesellschafter und der Gesellschaft.**

1. **§ 210 HGB.** Rechtsfähigkeit der Aktiengesellschaft. Eigenschaft als Handelsgesellschaft. Anwendbar. Die Rechtsfähigkeit erlischt nicht bereits mit der Auflösung (§ 292 Anm. II). Ebensowenig die Eigenschaft als Handelsgesellschaft (zweifelnd Simon § 120 Anm. 22). Mithin auch nicht die Eigenschaft als Kaufmann (§ 6 Abs. 1, § 1 Anm. IIc, ROH. 22 329; ebenso Staub[8]-Pinner § 292 Anm. 2, Ring Nr. 2; dagegen Simon § 120).
2. **§ 211 HGB.** Kapitaleinlage. Anwendbar.
3. **§ 212 HGB.** Wiederkehrende Leistungen des Aktionärs. Anwendbar mit der Maßgabe, daß auf die Zeit nach Auflösung entfallende Leistungen nur noch in demselben Umfang gefordert werden dürfen wie (§ 212 Anm. Ia, d) im Fall der Auflösung durch Konkurseröffnung.
4. **§ 213 HGB.** Vermögensrechte der Aktionäre. Anwendbar mit der Maßgabe, daß (vgl. § 299 Abs. 2, D. 163) Gewinnverteilung während Liquidation nicht stattfindet.
5. **§ 214 HGB.** Höhe der Gewinnanteile. Unanwendbar. Auch der etwa erzielte Gewinn ist nicht gemäß § 214, sondern gemäß § 300 zu verteilen.
6. **§ 215 HGB.** Zinsen; Verteilung des Reingewinns. Anwendbar soweit auf Zinsen, unanwendbar (vgl. oben zu 4, 5) soweit auf Gewinnverteilung bezüglich.
7. **§ 216 HGB.** Vergütung für wiederkehrende Leistungen. Anwendbar, soweit überhaupt nach Auflösung die Einforderung wiederkehrender Leistungen zulässig ist (oben zu 3).
8. **§ 217 HGB.** Gesetzwidrige Zahlungen der Gesellschaft an Aktionäre. Anwendbar.
9. **§§ 218—220 HGB.** Einforderung rückständiger Einlagen. Anwendbar (ROH. 22 136) mit der Maßgabe, daß die Liquidatoren, selbst trotz etwaiger beschränkender Satzungsbestimmungen (RG. 45 155), selbständig berechtigt sind, die Rechte der Gesellschaft aus §§ 218—220 geltend zu machen. Im einzelnen gilt dasselbe wie für den Fall des Konkurses (§ 292 Anm. Ic 2); insbesondere ist die Einrede zulässig, daß die eingeforderten Einzahlungen nicht zum Zweck der Liquidation, namentlich für die Befriedigung von Gläubigern, erforderlich seien (RG. 45 155; vgl. § 292 Anm. Ic 2).
10. **§ 221 HGB.** Ausschluß von Erlaß und Aufrechnung. Anwendbar.
11. **§§ 222—224 HGB.** Namenmitgliedscheine. Anwendbar. Auch nach Auflösung ist die Übertragung des Anteilrechts in gleicher Weise wie vorher zulässig.
12. **§ 225 HGB.** Mitberechtigung am Anteilrecht. Anwendbar.
13. **§ 226 HGB.** Erwerb oder Pfandnahme eigener Anteilrechte. Ob man die Vorschrift für anwendbar zu erachten hat, hängt davon ab, ob man annimmt, daß auch während der Liquidation ein „regelmäßiger Geschäftsbetrieb" stattfindet. Dies ist wohl zu bejahen. Über Beleihung eigener Anteilrechte zwecks Umgehung des Verbots einer Verteilung vor Ablauf der Sperrzeit vgl. § 301 Anm. III.
14. **§ 227 HGB.** Einziehung. Da ein „verfügbarer Gewinn" während der Liquidation nicht vorhanden (oben zu 4), und eine Herabsetzung des Grundkapitals während Liquidation unzulässig ist (unten Anm. IId 2), so darf eine Einziehung während Liquidation nur stattfinden, wenn es richtig sein sollte (dagegen § 227 Anm. IIb 2), daß die für die Herabsetzung maßgebenden Vorschriften auch ohne gleichzeitige Herabsetzung anwendbar auf die Einziehung sind.
15. **§§ 228—230 HGB.** Kraftloserklärung, Umtausch beschädigter oder verunstalteter Mitgliedscheine, Ausgabe neuer Gewinnanteilscheine. Anwendbar. Jedoch findet eine Verteilung von Gewinn für die Zeit nach Auflösung nicht statt.

c. **Vorschriften des dritten Titels. Verfassung und Geschäftsführung.**

1. **§§ 231—242 HGB.** Vorstand. Die Behörde des Vorstands erlischt — abweichend von dem Fall des Konkurses (§ 292 Anm. Ic 3) — mit dem Eintreten der Liquidation; sie bleibt nicht neben den Liquidatoren bestehen, sondern wird durch letztere vollständig

ersetzt (D. 104, KGJ. 14 241, KG. 2 III 05 EntschFG. 5 249 KGJ. 29 A 227 OLGRspr. 11 38; dagegen Rudorff zu § 292 Abs. 1 u. § 295 Abs. 1; vgl. ROH. 16 286). Hierauf deutet auch die Fassung der §§ 315 Nr. 1 u. 2, 319 („oder“ in Verbindung mit dem bestimmten Artikel „die“). Nicht entgegen steht § 295 Abs. 1, denn dort sind unter „Mitglieder des Vorstands“ nur die bei Auflösung vorhanden gewesenen, nicht die jeweiligen Mitglieder verstanden (§ 295 Anm. I a). Ebensowenig § 307 Abs. 3, da die Anmeldung der Gesellschaftsfortsetzung erst nach Einstellung der Liquidation durch den Fortsetzungsbeschluß erfolgt. Nur bei Anmeldung der Auflösung (§ 293) und bei Anmeldung der ersten Liquidatoren (§ 296) hat der frühere Vorstand als solcher auch nach Beginn der Liquidation noch zu handeln. In allen anderen Beziehungen geht ihm mit dem Eintritt der Liquidation, also vor jenen Anmeldungen (§ 293 Anm. IV, § 298 Anm. I c) die Vertretungsmacht auf die Liquidatoren über. Die §§ 231—242 sind daher während Liquidation unanwendbar auf den Vorstand, außer soweit die Anmeldungen der Auflösung und der ersten Liquidatoren in Betracht kommen. Inwieweit sie entsprechend anwendbar auf die Liquidatoren sind, bestimmt § 298. — Die Liquidatoren sind eine von dem Vorstand verschiedene Behörde (dagegen Goldmann Nr. 4, Staub⁸-Pinner Anm. 6), die gleichzeitig mit dem Erlöschen des Vorstands neu entsteht.

2. §§ 243—249 HGB. Aufsichtsrat. Anwendbar mit der Maßgabe, daß keine Gewinnverteilung stattfindet und daß etwaige satzungsmäßige Befugnisse des Aufsichtsrats, durch welche die Liquidatoren an Flüssigmachung und Verteilung des Vermögens verhindert werden könnten, z. B. die Bindung an seine Zustimmung bei Einforderung rückständiger Einlagen (RG. 45 154), in Fortfall kommen. Der Aufsichtsrat besteht auch während Liquidation fort (RG. 45 154); die Bildung und Erhaltung eines beschlußfähigen Aufsichtsrats ist auch für die Zeit der Liquidation durch Strafdrohung gesichert (§ 315 Nr. 1; es ist anerkannt, daß seiner Überwachung auch die Liquidatoren unterliegen (§ 298 Abs. 2), und sein Bestehen ist auch in anderen Vorschriften vorausgesetzt (§§ 295 Abs. 2, 298 Abs. 2). Ein den Aufsichtsratsmitgliedern zustehender Gewinnanteil gibt während Liquidation keinen Ertrag (dagegen KG. in KGBl. 92 14); dagegen ist eine nicht in Gewinnanteil bestehende Vergütung auch für die Liquidationszeit weiterzuzahlen. Der in Aussicht stehende dauernde Fortfall des zugesicherten Gewinnanteils gibt jedoch in der Regel dem Aufsichtsratsmitglied einen wichtigen Grund zur Kündigung (§ 295 Anm. I a).

3. §§ 250—259 HGB. Generalversammlung. Anwendbar. Die Generalversammlung besteht nach Auflösung der AG. fort; wie im Fall des Konkurses (§ 292 Anm. I c 3), so auch im Fall der Liquidation (ROH. 16 286, 22 243, RG. 3 55). Dies ist vorausgesetzt in §§ 295 Abs. 3, 299 Abs. 2, 307 Abs. 1.

4. §§ 260, 263—265 HGB. Generalversammlungsbeschluß über Jahresbilanz, Gewinnverteilung und Entlastung. Anwendbar mit Ausnahme der auf die Gewinnverteilung bezüglichen Vorschriften (§ 299 Abs. 2), und mit der Maßgabe, daß als Regel an die Stelle der bisherigen Geschäftsjahre die Liquidationsjahre treten (§ 299 Abs. 1). Die Anwendbarkeit erstreckt sich auch auf die Liquidationseröffnungsbilanz (§ 299 Anm. IV a); insbesondere unterliegt auch diese der Feststellung durch die Generalversammlung (§ 299 Anm. IV a). Für jede Liquidationsbilanz ist eine Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen (§ 260 Abs. 2, D. 163, Simon 453, Staub⁸-Pinner § 299 Anm. 4, Esser § 299 Anm. 1, Ring § 299 Nr. 4, Goldmann § 299 Nr. 8; dagegen früher Pinner § 299 Anm. II 8); sie hat nicht in höherem Maß als jedes Konto eine Beziehung zu der Gewinnverteilung (§ 260 Anm. V b), fällt mithin nicht dadurch fort, daß die Gewinnverteilung fortfällt. Auch für die Liquidationszeit folgt aus § 260 die Notwendigkeit mindestens alljährlicher Berufung der Generalversammlung (D. 163). Dieser ist außer der Bilanz ein Geschäftsbericht der Liquidatoren mit den Bemerkungen des Aufsichtsrats vorzulegen zwecks Beschaffung der nötigen Grundlagen für die Beschlußfassung über die Entlastung der Liquidatoren (D. 163) und des Aufsichtsrats.

5. §§ 261, 262 HGB. Bilanzaufstellung und Reservefonds. Nicht anwendbar (§ 299 Abs. 2). Vgl. § 299 Anm. V.

6. §§ 266, 267 HGB. Revision der Bilanz oder der Vorgänge bei Gründung oder Geschäftsführung. Anwendbar (§ 299 Abs. 2, vgl. D. 150); auch auf die Liquidationseröffnungsbilanz (§ 299 Anm. IV a).
7. §§ 268—270 HGB. Geltendmachung von Ansprüchen aus Gründung oder Geschäftsführung. Anwendbar; und zwar auch auf Ansprüche gegen Liquidatoren aus deren Geschäftsführung.
8. §§ 271—273 HGB. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. Anwendbar. Entsprechend bei Generalversammlungen vor Entstehung der AG. § 197 Anm. II b 2.

d. **Vorschriften des vierten Titels. Abänderungen der Satzung.**
1. §§ 274—277 HGB. Gemeinsame Bestimmungen. Anwendbar. Doch darf der Inhalt der Satzungsänderung nicht dem Zweck der Liquidation zuwiderlaufen (§ 294 Abs. 2). Eine Verlegung des Sitzes der Gesellschaft kann gültig beschlossen werden (dagegen KGJ. 15 36, Ring Nr. 3; nur bei Zweckmäßigkeit für die Liquidation bejahend Staub[7] Anm. 3; einschränkend auch Staub[8]-Pinner Anm. 11). Ebenso — vorbehaltlich etwaiger aus einem entsprechenden Gläubigerrecht erwachsender Ansprüche — die Änderung einer Satzungsbestimmung (§ 295 Abs. 1), die gewisse Personen zu Liquidatoren bestimmt oder (KGJ. 15 36) sonstige auf die Liquidation bezügliche Vorschriften enthält. Dagegen ist dem Zweck der Liquidation zuwiderlaufend, mithin nach Auflösung unzulässig z. B. die Erweiterung des Gegenstands des Unternehmens. Über Einführung neuer Bevorrechtigungen bzw. Benachteiligungen bei Vermögensverteilung vgl. § 300 Anm. II b 1.
2. §§ 278—291 HGB. Erhöhung und Herabsetzung des Grundkapitals. Unanwendbar (ebenso Staub[7] Anm. 3, Ring Nr. 3; dagegen Pinner § 292 Anm. IV 2, Staub GmbHG. § 69 Anm. 38, Staub[8]-Pinner Anm. 11), da die Festsetzung eines bestimmten Grundkapitals mit den Vorschriften über Gewinnverteilung zusammenhängt, mangels Gewinnverteilung (§ 299 Abs. 2) mithin die Änderung der Grundkapitalszahl zwecklos wäre. Daß der Gesetzgeber eine Erhöhung während Liquidation für nicht möglich erachtete, geht hervor aus der Nichterwähnung von „Liquidatoren" in § 313 Nr. 3.

e. **Sonstige Vorschriften.** Vgl. § 156 Anm. III.

§ 295.

Liquidatoren.

Die Liquidation geschieht durch die Mitglieder des Vorstandes als Liquidatoren, sofern nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Generalversammlung andere Personen dazu bestimmt werden.

Auf Antrag des Aufsichtsraths oder von Aktionären, deren Antheile zusammen den zwanzigsten Theil des Grundkapitals erreichen, kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht erfolgen, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat. Die Aktionäre haben bei Stellung des Antrags glaubhaft zu machen, daß sie seit mindestens sechs Monaten Besitzer der Aktien sind.

Die Abberufung von Liquidatoren kann durch das Gericht unter denselben Voraussetzungen wie die Bestellung stattfinden. Liquidatoren, die nicht vom Gericht ernannt sind, können durch die Generalversammlung auch vor dem Ablaufe des Zeitraums, für welchen sie bestellt sind, abberufen werden.

ADH. Art. 244 Abs. 1, 2, 4. **Entw. I** § 268. **Entw. II** § 286.

I. Berufung von Liquidatoren.
a. Durch Gesetz.
b. Durch Satzung oder Generalversammlungsbeschluß.
c. Durch das Gericht.

II. Abberufung von Liquidatoren.
a. Durch Generalversammlungsbeschluß.
b. Durch das Gericht.

I. **Berufung von Liquidatoren.**

a. **Durch Gesetz.** Vgl. § 146 Anm. I.

1. Die berufenen Personen. Das Gesetz beruft — mangels anderweiter Bestimmungen, Anm. I b, c — die Vorstandsmitglieder als Liquidatoren. Gemeint sind die bei Auflösung vorhandenen Vorstandsmitglieder. Denn wollte man dies nicht annehmen, sondern darunter die jeweiligen Vorstandsmitglieder verstehen, so würden etwaige in der Besetzung des Vorstands eintretende Lücken stets neu ausgefüllt werden müssen; neben den Liquidatoren würde der Vorstand als getrennte Behörde — wenngleich möglicherweise in Personenvereinigung — während der ganzen Dauer der Liquidation fortbestehen, und es würden z. B. bei jeder Neubestellung in der Regel doppelte Anmeldungen (§§ 234 Abs. 1, 296 Abs. 1) und Zeichnungen (§§ 234 Abs. 3, 296 Abs. 4) stattfinden müssen, was dem Willen des Gesetzgebers nicht entspricht (vgl. § 294 Anm. II c 1). War bei Auflösung der Vorstand nicht vollzählig vorhanden (wennselbst vielleicht noch in zur Vertretung berechtigender Zahl), so wird mithin anzunehmen sein, daß dann ein Eintreten als Liquidator kraft Gesetzes nicht stattfindet, auch nicht bezüglich der noch vorhandenen Mitglieder, daß vielmehr dann nur die übrigen Berufungsarten in Betracht kommen (vgl. § 146 Anm. I, ZHR. 10 335). Dies wohl auch, wenn es zulässig sein sollte, noch nach Auflösung zwecks Anmeldung der Auflösung oder der ersten Liquidatoren den Vorstand zu ergänzen (vgl. § 293 Anm. I, § 296 Anm. I b), und dies geschehen sein sollte. Ring Nr. 2 und Goldmann Nr. 4 stimmen Vorstehendem nur für den Fall zu, daß keine zur Vertretung berechtigende Zahl von Vorstandsmitgliedern vorhanden ist; sei eine solche Zahl vorhanden, so seien die vorhandenen Vorstandsmitglieder, auch wenn der Vorstand nicht vollzählig besetzt, allein kraft Gesetzes zu Liquidatoren berufen.

2. Vertragsverhältnis. Im Zweifel bleibt der bisherige Dienstvertrag (vgl. § 231 Anm. II b) des kraft Gesetzes als Liquidator eintretenden Vorstandsmitglieds auch für die Zukunft maßgebend (RG. 24 72). Bestand die bisher zugesagte Vergütung lediglich in einem Gewinnanteil, so würde, da während Liquidation Gewinnverteilung nicht stattfindet, keine Vergütung zu zahlen sein (§ 294 Anm. II c 2). Daß das Vorstandsmitglied statt dessen angemessene Vergütung fordern könne (so Staub⁸-Pinner § 294 Anm. 10, wohl auch Ring Nr. 5), ist nicht anzunehmen (ebenso Staub⁷ § 294 Anm. 3). Doch wird dieser nicht vorhergesehene Fortfall der von beiden Parteien in Aussicht genommenen Vergütung dem Vorstandsmitglied in der Regel einen wichtigen Grund zur Kündigung geben.

b. **Durch Satzung oder Generalversammlungsbeschluß.** Vgl. § 146 Anm. II.

1. Verhältnis zu anderen Berufungsarten. Die Berufung durch Beschluß ist nur möglich, soweit die Satzung nicht entgegensteht (ebenso Goldmann Nr. 1). Die gegenteilige Ansicht von Ring Nr. 3 und Staub⁸-Pinner Anm. 2 beruht auf der Ansicht, daß nach Abs. 3 auch ein durch Satzung berufener Liquidator durch einfachen Generalversammlungsbeschluß abberufen werden könne (hiergegen unten Anm. II a). Sowohl bezüglich der Satzungsbestimmung (§ 182 Anm. I, § 294 Anm. II d 1) wie bezüglich des Generalversammlungsbeschlusses (§ 294 Anm. II c 3, ROH. 17 45) ist unerheblich, ob sie vor oder nach Auflösung zu stande gekommen sind. Beide wirken stärker als die Berufung durch Gesetz (oben Anm. I a), aber schwächer als eine Berufung durch das Gericht (unten Anm. I c; vgl. § 295 Abs. 3 Satz 2).

2. Unzulässigkeit der Weiterübertragung des Berufungsrechts. Dem Aufsichtsrat oder einem Dritten steht kein Recht zur Ernennung von Liquidatoren zu, selbst wenn er nach der Satzung das Recht zur Ernennung der Vorstandsmitglieder haben sollte; denn eine Neubestellung von Vorstandsmitgliedern als solche findet während Liquidation nicht statt (oben Anm. I a). Auch kann dem Aufsichtsrat oder einem Dritten weder durch Satzung (§ 182 Anm. IV a) noch durch Generalversammlungsbeschluß (§ 250 Anm. IV b 1; vgl. auch § 274 Anm. I a) die Berufung von Liquidatoren übertragen werden (ebenso KG. 15 II 04 EntschFG. 4 148 OLGRspr. 8 235).

3. Vertragsverhältnis. Ob in der Berufung eines bisherigen Vorstandsmitglieds als

Liquidator durch Generalversammlungsbeschluß lediglich eine Bestätigung der Fortdauer des bisherigen Dienstvertrags, oder ob darin die Begründung eines neuen Dienstverhältnisses liegt, ist aus den Umständen des Einzelfalls abzuleiten (RG. 24 73).

c. **Durch das Gericht.** Vgl. § 146 Anm. III.

1. Das Verfahren (vgl. § 146 Anm. III a) ist in FGG. §§ 145, 146 (abgedruckt hinter HGB. § 16) geordnet. Der gemäß FGG. § 146 tunlichst zu hörende Gegner ist die Gesellschaft, vertreten durch ihre gesetzlichen Vertreter (Staub[8]-Pinner Anm. 6). Gesetzlicher Vertreter ist aber nicht (was Pinner Anm. IV 2 annimmt) der Vorstand (§ 294 Anm. II c 1), sondern die Liquidatoren; sind letztere nicht vorhanden, so ist die Anhörung untunlich. Zuständig ist das Gericht des Sitzes (§ 182 Anm. IV b 2). Das Gericht kann bei der Ernennung Abweichungen von der gesetzlichen Regel der Gesamtvertretungsmacht bestimmen (§ 298 Abs. 3). — Ob neben dem Verfahren gemäß FGG. §§ 145, 146 auch eine Berufung von Liquidatoren durch einstweilige Verfügung zulässig bleibt, vgl. § 146 Anm. III a. Auf Antrag eines Beteiligten kann gemäß BGB. §§ 29, 48 in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung des Mangels das Amtsgericht Liquidatoren ernennen (KG. 2 XII 01 EntschFG. 3 29 KGJ. 23 A 110 OLGRspr. 4 259).
2. Antragsberechtigt (vgl. § 146 Anm. III b) sind sowohl der Aufsichtsrat (§ 294 Anm. II c 2), wie auch Aktionäre (§ 254 Anm. I a), deren Grundkapitalanteile zusammen ein Zwanzigstel des Grundkapitals (§ 178 Anm. II a) erreichen und deren Anteilberechtigung als seit mindestens sechs Monaten bestehend glaubhaft gemacht wird (§ 266 Anm. IV b). Über die Bestrafung einer Benutzung fremder Anteilrechte ohne Befugnis oder auf Grund entgeltlicher Leihe vgl. § 318. Auf Antrag eines Gläubigers oder Schuldners darf das Gericht nicht gemäß § 295 Abs. 2 einschreiten (KG. 30 VI 90 KGBl. 79).
3. Wichtiger Grund. Vgl. § 146 Anm. III c.
4. Dienstverhältnis gerichtlich bestellter Liquidatoren. Da das Gericht nur selten geeignete Liquidatoren bereit zur Übernahme des Amtes finden würde, wenn für die übernommene Tätigkeit keine Vergütung seitens der Gesellschaft gewährt würde, so muß man annehmen, daß in dem Ernennungsrecht auch das Recht zum Abschluß eines Dienstvertrags mit den zu Ernennenden namens der Gesellschaft (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 9, Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 6; abweichend für Revisoren § 266 Anm. II b) liegt. Andererseits ist das Gericht nicht ermächtigt, eine über das Maß des Angemessenen (BGB. § 612) hinausgehende Vergütung zuzusichern. Hiernach ist zwar zulässig, daß das Gericht einen bestimmten Betrag der zu zahlenden Vergütung zusichert (Behrend § 140 Anm. 17; dagegen Ring Nr. 5); diese Zusicherung ist jedoch nur bis zur Höhe des Angemessenen wirksam. In welchem Verfahren ein späterer Streit über die Höhe der zu zahlenden Vergütung auszutragen ist, vgl. § 146 Anm. III a 4.

II. **Abberufung von Liquidatoren.** Vgl. § 147 Anm. I. In der Regel wird die Berufung auf unbestimmte Zeit erfolgen. Gleichgültig, ob auf unbestimmte oder bestimmte Zeit berufen, ist Abberufung jederzeit zulässig. Dies gilt auch bezüglich der gerichtlich ernannten Liquidatoren, trotzdem § 295 Abs. 3 es nur bezüglich anderer hervorhebt. Über die Wirkung einer Zeitbeschränkung auf die Vertretungsmacht vgl. § 235 Anm. I b; über die Frage, ob eine Zeitbeschränkung eintragungsfähig, vgl. § 234 Anm. I d 1. Die Abberufung kann nur unbeschadet des Anspruchs auf vertragsmäßige Vergütung geschehen (§ 298 Anm. I a 3; vgl. § 243 Anm. V d, § 147 Anm. I a).

a. **Durch Generalversammlungsbeschluß.** Als nicht durch Generalversammlungsbeschluß abberufbar sind die gerichtlich ernannten Liquidatoren hervorgehoben. Hierin liegt eine Abweichung von der entsprechenden Bestimmung bei der offenen Handelsgesellschaft (M. 242). Nach der Fassung des § 295 Abs. 3 könnte es scheinen, daß bei der AG. auch die durch Satzungsbestimmung berufenen Liquidatoren durch einfachen Generalversammlungsbeschluß abberufen werden können (so Ring Nr. 6, Staub[8]-Pinner Anm. 10, Rudorff zu § 295 Abs. 3, Goldmann Nr. 14). Dies ist indessen doch wohl zu verneinen, denn unter Generalversammlungsbeschluß ist nur ein gültiger Generalversammlungsbeschluß zu verstehen, ein gegen die Satzung verstoßender Beschluß aber wäre unwirksam (vgl. auch § 274 Anm. I c 2,

§ 273 Anm. II b 6). In solchem Fall ist daher vorherige Satzungsänderung (§ 294 Anm. II d 1) erforderlich.

b. **Durch das Gericht.** Vgl. § 147 Anm. III. Sowohl die sachlichen Voraussetzungen wie das Verfahren sind die gleichen wie bei Berufung von Liquidatoren durch das Gericht (oben Anm. I c). Auch die durch Generalversammlungsbeschluß berufenen Liquidatoren sind abberufbar durch das Gericht (KGJ. 9 24). Weder ein einzelner Aktionär noch ein Aufsichtsratsmitglied ist berechtigt zur Beschwerde über den Abberufungsbeschluß (KG. 15 II 04 EntschFG. 4 147 OLGRspr. 8 235).

§ 296.

Anmeldung, Eintragung, Zeichnung.

Die ersten Liquidatoren sind durch den Vorstand, jede Aenderung in den Personen der Liquidatoren ist durch die Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Ist bei der Bestellung der Liquidatoren eine Bestimmung über ihre Vertretungsbefugniß getroffen, so ist auch diese Bestimmung zur Eintragung anzumelden.

Der Anmeldung ist eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Urkunden über die Bestellung oder Aenderung beizufügen; diese Vorschrift findet auf die Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung keine Anwendung.

Die Eintragung der gerichtlichen Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Die Liquidatoren haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

ADH. Art. 244 Abs. 3. **Entw. I** § 269. **Entw. II** § 287.

Anmeldung.

a. **Anzumeldende Tatsachen.**

1. Die ersten Liquidatoren (vgl. § 148 Anm. I a 1); jedoch nicht, wenn vom Gericht ernannt (§ 296 Abs. 3). Hierunter sind wohl die zuerst nach Auflösung berufenen Liquidatoren selbst dann zu verstehen, wenn zur Zeit der Anmeldung bereits eine Änderung stattgefunden hatte.
2. Änderung in den Personen der Liquidatoren (vgl. § 148 Anm. I a 2); jedoch nicht, insoweit sie durch gerichtliche Ernennung oder Abberufung erfolgt (§ 296 Abs. 3). Das Gericht kann durch Ordnungsstrafen (§ 14) nur erzwingen, daß vorhandene Liquidatoren angemeldet, nicht auch, daß nicht vorhandene bestellt werden.
3. Abweichungen von der Gesamtvertretungsmacht (vgl. § 148 Anm. I a 3). Dergleichen Abweichungen können durch die Satzung bestimmt sein und sind dann bei der ersten Eintragung der Gesellschaft (§ 198 Abs. 2) oder im Anschluß an die spätere, diese Bestimmung einfügende Satzungsänderung (§ 277 Abs. 2) einzutragen. — Die Worte „bei der Bestellung" (§ 296 Abs. 1 Satz 2) können sich nur auf eine Bestellung durch Generalversammlungsbeschluß beziehen. Denn im Fall der Berufung von Liquidatoren durch Gesetz (§ 295 Anm. I a) oder durch eine keinen weiteren Generalversammlungsbeschluß erfordernde Satzungsbestimmung kann eine besondere „Bestellung", bei welcher eine „Bestimmung" getroffen würde, nicht vorliegen. Im Fall der Berufung durch Gericht kann zwar eine besondere Bestimmung über die Vertretungsbefugnis gleichfalls getroffen werden (§ 298 Abs. 3), ist jedoch dann nach dem entsprechend anzuwendenden (vgl. § 150 Anm. II c) § 296 Abs. 3 von Amts wegen einzutragen. — Aus den Worten „bei der Bestellung" folgt also, daß für die Liquidatoren — anders als für den Vorstand (§ 234 Anm. I d 2, § 235 Abs. 1) — auch durch gewöhnlichen Generalversammlungsbeschluß eine Abweichung von der Gesamtvertretungsmacht (mit Wirkung gegen Dritte

bestimmt werden kann (vgl. § 298 Anm. I b 1). Ein solcher Generalversammlungsbeschluß ist jedoch nach allgemeiner Regel nur gültig, wenn er keine etwa vorhandene Satzungsbestimmung verletzt (vgl. § 295 Anm. II a).

4. Anordnung des Aufsichtsrats auf Grund des § 232 Abs. 2 Satz 2. Vgl. § 234 Anm. Id 3. Erachtet man eine solche Anordnung als zulässig auch im Fall der Liquidatoren (§ 298 Anm. I b 2), so wird trotz Nichterwähnung dieses Falls in § 296 der § 234 insoweit entsprechend anwendbar sein (§ 298 Anm. I d).

5. Änderung einer der gemäß 3 oder 4 eingetragenen Bestimmungen (vgl. § 148 Anm. I a 4). Zwar ist in § 296 Abs. 1 Satz 2 und § 298 Abs. 3 nur eine „bei" der Bestellung bezw. Ernennung getroffene Bestimmung ausdrücklich erwähnt; doch ist dies wohl eine unbeabsichtigte Einschränkung, die sich im § 296 aus der Zusammenstellung mit der Anmeldung der Liquidatoren, im § 298 aus der Zusammenstellung mit dem Fall einer hieraufbezüglichen Satzungsbestimmung erklärt. Daher wird anzunehmen sein, daß ein über die Vertretungsmacht erlassener Generalversammlungsbeschluß bezw. der Gerichtsbeschluß entsprechend allgemeiner Regel durch gegenteiligen Beschluß abgeändert werden kann. Dies anscheinend auch vorausgesetzt in Vf. d. PrJM. 7 XI 99 § 32 Nr. 6 f.

6. Erlöschen der Gesellschaftsfirma vgl. § 302 Anm. III a.

b. **Anmeldungspflichtige.** Nur die Anmeldung der ersten Liquidatoren (oben Anm. I a 1) und der etwa bei ihrer Bestellung beschlossenen Abweichungen von der Gesamtvertretungsmacht (vgl. oben Anm. I a 3) sind — ebenso wie die Auflösung der AG. (§ 293 Anm. I) vom Vorstand anzumelden. Alle sonstigen Anmeldungen sind durch die Liquidatoren zu bewirken; so auch bezüglich der im Titel 5 nicht besonders erwähnten Anmeldungen (vgl. § 148 Anm. I b). Anmeldepflichtig sind diejenigen Personen, welche zur Zeit der Anmeldung Vorstand bezw. Liquidatoren sind, und zwar genügt bei beiden ein Mitwirken derjenigen Mitglieder, deren Mitwirken auch für sonstige Vertretungshandlungen genügt (§ 234 Anm. I c). Ist die zur Vertretung berechtigende Zahl von Vorstandsmitgliedern nicht mehr vorhanden, und ist eine dem Vorstand übertragene Anmeldung zu bewirken, so ist wohl trotz erfolgter Auflösung zunächst der Vorstand zu ergänzen; die Liquidatoren sind eine von dem Vorstand zu unterscheidende Behörde (§ 294 Anm. II c 1); daher geht in solchem Fall die Anmeldepflicht und das Anmelderecht wohl nicht auf die Liquidatoren über (zust. Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 2; dagegen Staub⁶-Pinner Anm. 1).

c. **Wirkung der Anmeldung oder Nichtanmeldung.** Vgl. § 148 Anm. I c, § 234 Anm. I e.

d. **Form.** Vgl. § 12 Anm. I.

e. **Erzwingbarkeit** folgt aus § 14.

II. **Beizufügende Urkunden.** Vgl. § 234 Anm. II.

III. **Zeichnung zur Aufbewahrung bei Gericht.** Die Zeichnungspflicht trifft alle Liquidatoren, ohne Rücksicht auf die Art ihrer Berufung. Daß außer der Namensunterschrift auch die Firma gezeichnet werden muß, entspricht der für die Liquidatoren der offenen Handelsgesellschaft gegebenen Vorschrift (§ 148 Anm. III) und weicht ab von der für Vorstandsmitglieder der AG. (§ 234 Anm. III) und für Liquidatoren der GmbH. (GmbHG. § 67) bestehenden. — Über die Art der Zeichnung bei Abgabe von Erklärungen für die Firma bestimmt § 153 (§ 298 Abs. 1). — Unter Firma ist auch im § 296 Abs. 4 die Firma mit Liquidationszusatz zu verstehen.

§ 297.

Aufgebot der Gesellschaftsgläubiger.

Die Liquidatoren haben unter Hinweis auf die Auflösung der Gesellschaft die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung ist dreimal in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen.

ADH. Art. 243 Abs. 2 (245 Abs. 3). **Entw. I** § 270. **Entw. II** § 288.

I. **Inhalt.** Vgl. § 289 Anm. II a. Die Aufforderung geht dahin, daß die Gläubiger der Gesellschaft ihre Ansprüche anmelden mögen. Außerdem ist in die Aufforderung ein Hinweis auf die erfolgte Auflösung aufzunehmen. Nicht erforderlich ist, daß die Aufforderung genau mit den in § 297 enthaltenen Worten erfolgt; vielmehr genügt eine andere, gleichbedeutende Fassung (RG. 6 VI 00 KGJ. 20 A 274).

II. **Zeitpunkt.** Vgl. § 289 Anm. II b. Die Aufforderung kann vor Eintragung der Auflösung bewirkt werden, da die Tatsache der Auflösung auch ohne Eintragung wirkt (§ 293 Anm. IV). Auch vor Eintragung der Liquidatoren (§ 296 Anm. I c). Nicht ist vorgeschrieben, daß die Aufforderung alsbald nach Auflösung stattfinden soll (a. M. Staub-Pinner Anm. 1, Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 2); die Liquidatoren haben nach eigenem Ermessen, jedoch entsprechend ihrer Pflicht zu möglichst schleuniger Abwickelung (§ 298 Abs. 2, § 241), den Zeitpunkt zu ermessen. Mit der dritten Bekanntmachung beginnt die Sperrzeit (§ 301 Abs. 1). Da die Regelung der Bekanntmachung in HGB. § 297 abweicht von derjenigen in BGB. § 50, so ist auch nicht anwendbar die in letzterem enthaltene Vorschrift, daß erst mit dem Ablauf des zweiten Tags nach der Einrückung die Bekanntmachung als bewirkt gelte (vgl. § 255 Anm. II).

III. **Form.** Vgl. § 289 Anm. II c. Die dreimalige Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern hat in der allgemein für Bekanntmachungen der Gesellschaft vorgeschriebenen Form (§ 182 Anm. IV b 7) zu erfolgen. Eine besondere Mitteilung an die bekannten Gläubiger ist — abweichend vom Fall der Herabsetzung (§ 289 Abs. 2 Satz 3) — im Gesetz hier nicht erfordert; während im Fall der Zahlung oder Befreiung infolge Herabsetzung nur die sich meldenden (§ 289 Anm. III b), sind entsprechend im Fall der Verteilung nach Auflösung auch die sich nicht meldenden bekannten Gläubiger (§ 301 Abs. 2) zu berücksichtigen (D. 162). — Erzwingung durch Ordnungsstrafe ist nicht angängig (§ 319 Anm. II d 7).

§ 298.

Geschäftsführung und Vertretung durch Liquidatoren.

Der Geschäftskreis der Liquidatoren sowie die Form, in welcher sie die Firma zu zeichnen haben, bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 149, 151, 153.

Im Uebrigen haben die Liquidatoren innerhalb ihres Geschäftskreises die Rechte und Pflichten des Vorstandes; sie unterliegen gleich diesem der Ueberwachung durch den Aufsichtsrath.

In Ansehung der Mitwirkung sämmtlicher Liquidatoren bei Willenserklärungen für die Gesellschaft findet die Vorschrift des § 232 Abs. 1 Satz 1 nur insoweit Anwendung, als nicht für die Liquidatoren im Gesellschaftsvertrag oder bei ihrer Ernennung ein Anderes bestimmt ist.

Eine Bestellung von Prokuristen findet nicht statt. Die Vorschriften des § 236 bleiben außer Anwendung.

ADH. Art. 244a Abs. 1, 2, (4). **Entw. I** § 271. **Entw. II** § 289.

I. **Entsprechende Anwendbarkeit der §§ 231—242 auf Liquidatoren.** Inwieweit sonstige den Vorstand erwähnende Vorschriften entsprechend auf Liquidatoren anwendbar sind, vgl. § 294 Anm. II.

a. **§ 231 HGB. Vertretungsmacht; Mitgliederzahl; Widerruf der Bestellung.**

1. Der § 231 Abs. 1 (Vertretungsmacht) ist nicht anwendbar, sondern ersetzt durch § 149 Satz 2 (§ 298 Abs. 1). Hierüber unten Anm. II a, c. Vgl. auch die beschränkenden Worte „innerhalb ihres Geschäftskreises" in § 298 Abs. 2.

2. Der § 231 Abs. 2 (Mitgliederzahl) ist nicht anwendbar, da er weder über „Rechte" noch „Pflichten" des Vorstands (§ 298 Abs. 2) bestimmt. Sachlich gilt aber das Gleiche auch für Liquidatoren. Denn obgleich in §§ 295 ff. stets die Mehrzahl „Liquidatoren" ge-

braucht ist, folgt doch die Möglichkeit des Vorhandenseins nur eines Liquidators bereits daraus, daß nach § 295 Abs. 1 als Regel die Mitglieder des Vorstands zu Liquidatoren werden, aber nach § 231 Abs. 2 nur ein Mitglied des Vorstands vorhanden zu sein braucht. Vgl. auch § 146 Anm. II.

3. Der § 231 Abs. 3 (Widerruf der Bestellung) ist anwendbar (§ 298 Abs. 2). Über die Frage, wer widerrufen darf, bestimmt § 295 Abs. 3. Aus der Anwendbarkeit des § 231 Abs. 3 folgt auch unmittelbar, daß die Abberufung nur unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung erfolgen kann; § 295 Abs. 3 bestimmt nichts Gegenteiliges (§ 295 Anm. II).

b. **§ 232 HGB. Gesamtvertretung.**

1. Der § 232 Abs. 1 Satz 1 (Gesamtvertretung als Regel; Ausnahme durch Satzungsbestimmung) findet Anwendung mit der Maßgabe, daß die Ausnahmebestimmung für die Liquidatoren nicht nur (wie beim Vorstand) in der Satzung, sondern auch „bei ihrer Ernennung" getroffen werden kann (§ 298 Abs. 3). Die Worte „bei ihrer Ernennung" umfassen hier sowohl den Fall der Bestellung durch Generalversammlungsbeschluß, wie auch den Fall der Ernennung durch das Gericht (zust. Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 5). Zwar sind die Worte „Ernennung, ernennen" an anderen Stellen in der beschränkten Bedeutung einer Ernennung durch eine öffentliche Behörde, insbesondere das Gericht gebraucht (§§ 146 Abs. 2, 194 Abs. 1, 266 Abs. 2, 4, 267 Abs. 3, 295 Abs. 2, 296 Abs. 3, 331 Abs. 2). Indessen kommt doch auch an einer anderen Stelle eine Abweichung vor (§ 243 Abs. 3), wie andererseits auch die in der Regel nicht die gerichtliche Ernennung mitumfassenden Worte „Bestellung, bestellen" wiederholt die umfassendere Bedeutung haben (§§ 148 Abs. 2, 152, 192 Abs. 3, 268 Abs. 2, 295 Abs. 3, 302 Abs. 4, 325 Nr. 5). Überdies geht aus § 296 Abs. 1 Satz 2 hervor, daß auch bei Bestellung durch Generalversammlungsbeschluß eine von § 232 Abs. 1 Satz 2 abweichende Bestimmung getroffen werden kann (§ 296 Anm. I a 3); dies würde mithin aus § 296 Abs. 1 Satz 2 folgen, selbst wenn es nicht aus § 298 Abs. 3 zu entnehmen wäre. — Auch die in dem Wort „bei" (§ 39 Anm. II a 1) liegende Beschränkung ist wohl eine unbeabsichtigte; es wäre kein sachlicher Grund erkennbar, warum eine erst nach Bestellung von Liquidatoren erfolgende Abänderung der Bestimmungen über ihre Vertretungsmacht unzulässig sein sollte (§ 296 Anm. I a 5; zust. Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 5).

2. Der § 232 Abs. 1 Satz 2, 3 und Abs. 2 (Unterermächtigung einzelner durch die Gesamtvertreter; Willenserklärung gegenüber der Gesellschaft; Gesamtvertretung mit Prokuristen; Anordnung des Aufsichtsrats) sind für anwendbar zu erachten (§ 298 Abs. 2; vgl. auch § 150 Abs. 2), da § 298 Abs. 3 sie nicht ausschließt. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen über Prokuristen hängt davon ab, ob man annimmt, daß mit dem Eintritt der Liquidation eine vorhandene Prokura erlischt (unten Anm. I b).

3. Etwaige für den **Vorstand** gemäß § 232 festgesetzte Ausnahmen von der Regel der Gesamtvertretung sind nicht anwendbar auf die Liquidatoren (ebenso CosackHR. 119 II 4 a), da diese eine von dem Vorstand verschiedene Behörde sind (§ 294 Anm. II c 1). Sollen die Ausnahmebestimmungen auch für die Liquidatoren gelten, so müssen sie für diese ausdrücklich festgesetzt werden.

c. **§ 233 HGB. Zeichnung.** Nicht anwendbar, sondern ersetzt durch § 153 (§ 298 Abs. 1).

d. **§ 234 HGB. Anmeldung.** Bezüglich Änderung in den Personen der Liquidatoren und deren Zeichnung zwecks Aufbewahrung ersetzt durch § 296; im übrigen anwendbar (§ 298 Abs. 2).

e. **§ 235 HGB. Beschränkung der Vertretungsbefugnis.**

1. § 235 Abs. 1 (Verhältnis nach innen). Anwendbar (§ 298 Abs. 2, ROH. 24 223); jedoch mit der Maßgabe, daß die Liquidatoren diejenigen Beschränkungen nicht beachten dürfen, welche mit den Zwecken der Liquidation (§ 294 Abs. 2) oder den im § 149 (§ 298 Abs. 1) auferlegten Geschäftsführungspflichten (§ 149 Anm. III) unvereinbar sind, es sei denn, daß letztere durch Generalversammlungsbeschluß mit genügender Mehrheit abge-

ändert sind (unten Anm. IIb). Vgl. z. B. über Beschränkungen bei Einziehung rückständiger Einlagen § 294 Anm. IIb 9. — Nur ein die Grenzen von Gesetz und Satzung einhaltender Generalversammlungsbeschluß ist von den Liquidatoren zu beachten (RG. 7 108; vgl. § 235 Anm. II).

2. § 235 Abs. 2 (Verhältnis nach außen). Ersetzt durch den ausdrücklich für anwendbar erklärten § 151 (unten Anm. IIa), aber mit diesem inhaltlich übereinstimmend. Die Vertretungsmacht der Liquidatoren besteht jedoch überhaupt nur „innerhalb ihres Geschäftskreises" (§ 149 Satz 2, § 298 Abs. 2). Ein Bestellung auf Zeit ist in § 295 Abs. 3 erwähnt; vgl. jedoch § 235 Anm. Ib.

f. § 236 HGB. **Verbot von Sondergeschäften.** Nicht anwendbar (§ 298 Abs. 4).

g. § 237 HGB. **Gewinnanteil.** Nicht anwendbar, da während Liquidation keine Gewinnverteilung stattfindet (§ 294 Anm. IIb 4).

h. § 238 HGB. **Bestellung eines Prokuristen.** Nicht anwendbar (§ 298 Abs. 4). Über die Frage, ob eine bereits früher vorhandene Prokura durch den Eintritt der Liquidation erlischt, vgl. § 48 Anm. Ib. Daß sie im Zweifel erlösche, meint für die oHG. CosackHR. § 109 III 8 b. Daß sie stets erlösche, nehmen an Staub⁸-Pinner Anm. 11 (in ROH. 13 225, das Staub hierfür anführt, ist dies jedoch nicht gesagt), Pinner Anm. IV 8, Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 7); ebenso anscheinend vorausgesetzt in Bf. d. PrJM. 7 XI 99 Anlage 6 Eintragung Nr. 6 Spalte 6. Staub⁸-Pinner Anm. 11 will die nach seiner Ansicht so erlöschende Prokura als Handlungsvollmacht aufrechthalten; dagegen Goldmann Nr. 7; als Frage des Einzellfalls betrachtet dies Ring Nr. 5.

i. § 239 HGB. **Buchführung.** Anwendbar (§ 298 Abs. 2, KO. § 244; vgl. auch § 299).

k. § 240 HGB. **Verlust in Höhe des halben Grundkapitals. Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung.**

1. § 240 Abs. 1 (Pflicht der Anzeige an die Generalversammlung bei Verlust in Höhe des halben Grundkapitals). Die Bestimmung wird nach der allgemeinen Regel des § 298 Abs. 2 für anwendbar zu erachten sein (ebenso Staub⁸-Pinner Anm. 6; dagegen Ring Nr. 4). Zwar kann während Liquidation die vorgeschriebene Anzeige an die Generalversammlung nicht den Zweck haben, die letztere vor die Entscheidung zu stellen, ob sie die Auflösung beschließen wolle; immerhin ist nicht ausgeschlossen, daß durch die Mitteilung andere Beschlüsse angeregt werden, so z. B. die Abberufung der Liquidatoren.

2. § 240 Abs. 2 (Pflicht zum Konkursantrag bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung). Anwendbar (§ 298 Abs. 2, § 315 Nr. 2).

l. § 241 HGB. **Haftung gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftsgläubigern.** Anwendbar (§ 298 Abs. 2; vgl. RG. 7 106). Zwar enthält § 298 Abs. 2 nach seiner Fassung nur eine Gleichstellung mit dem „Vorstand", also der Behörde; gemeint ist aber auch die fernere Gleichstellung der Rechte und Pflichten der einzelnen Liquidatoren mit den einzelnen Vorstandsmitgliedern, wie z. B. aus der Hinzufügung der Ausnahme in § 298 Abs. 4 Satz 2 hervorgeht.

m. § 242 HGB. **Stellvertreter.** Die Anwendbarkeit folgt nicht aus § 298 Abs. 2, da § 242 weder Rechte und Pflichten der Vorstandsbehörde noch Rechte und Pflichten der Vorstandsmitglieder als solcher bestimmt. Doch erscheint es zulässig, ebenso wie für Vorstandsmitglieder, so auch für Liquidatoren Stellvertreter zu bestellen. Da nun § 242 für den Vorstand nur etwas ohnedies Selbstverständliches bestimmt (§ 242 Anm. I), so gilt sachlich das Entsprechende auch für die Liquidatoren. Auch kann die entsprechende Anwendbarkeit des § 242 wohl aus § 294 Abs. 2 gefolgert werden.

II. **Die in § 298 besonders hervorgehobenen Bestimmungen.**

a. **Geschäftskreis.** Der § 149 enthält nicht nur Vorschriften über den Geschäftskreis (§ 149 Anm. II), sondern auch die Festsetzung einer Geschäftsführungspflicht (§ 149 Anm. III), und insbesondere in Satz 2 eine Vorschrift über die Vertretungsmacht. Da auch der in § 298 Abs. 1 gleichfalls angeführte § 151 weder eine Vorschrift über den „Geschäftskreis" noch eine Vorschrift über die „Form, in welcher die Firma zu zeichnen" enthält, dagegen gleichfalls nur eine Vorschrift über den Umfang der Vertretungsmacht, so wird die in

dem Wort „Geschäftskreis" liegende Beschränkung als eine unbeabsichtigte anzusehen, und trotz der ungenauen Fassung des § 298 Abs. 1 werden die ganzen §§ 149, 151, auch soweit sie nicht über den Geschäftskreis bestimmen, anzuwenden sein (oben Anm. I a 1, e 2). — Über die Stellung der Liquidatoren als vertretende Behörde vgl. unten Anm. II c.

b. **Inhalt der Geschäftsführungspflicht.** Der § 149 sollte eine bestimmte sachliche Anweisung für die Geschäftsführung gesetzlich festlegen (§ 149 Anm. III), namentlich die Notwendigkeit der Einziehung der Forderungen (§ 149 Anm. II b) und der Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld (§ 149 Anm. II c; vgl. RG. **44** 83). Für die offene Handelsgesellschaft ist aus § 152 zu entnehmen, daß durch einstimmige Gegenanweisung der Beteiligten die gesetzliche Anweisung aufgehoben werden kann. Für die Aktiengesellschaft fehlt es an einer entsprechenden Bestimmung (vgl. für früheres Recht ROH. **24** 223, RG. **3** 55). Hieraus entstehen Zweifel. Zwar ist anzunehmen, daß — soweit keine Verletzung von Gläubigerschutz-Vorschriften in Frage steht — jedenfalls ein einstimmiger Beschluß aller Aktionäre (§ 253 Anm. III) auch hier der gesetzlichen Regelung vorgeht. Dagegen ist die Frage aufzuwerfen, ob die Liquidatoren auch einen der gesetzlichen Regelung entgegenstehenden Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung beachten dürfen, sei es einen mit einfacher, sei es einen mit erhöhter Mehrheit gefaßten, oder ob derartigen Mehrheitsbeschlüssen Sonderrechte (§ 300 Anm. II b) der einzelnen Aktionäre entgegenstehen. Nur für einen Fall enthält das Gesetz eine ausdrückliche Regelung, für den Fall der Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im ganzen; für diesen Fall ist durch Erfordern einer erhöhten Mehrheit (§ 303) anerkannt, daß einerseits keine Sonderrechte entgegenstehen, andererseits aber auch nicht ein Beschluß mit einfacher Mehrheit genügt. Für andere Fälle einer Abweichung von der gesetzlichen Anweisung an die Liquidatoren ist hieraus zu schließen, daß, wenn sie weniger weitreichend sind als der vorstehend erwähnte, ihnen jedenfalls nicht ein Sonderrecht jedes einzelnen Aktionärs entgegenstehen kann (dagegen Esser § 300 Anm. 4). Weniger weitreichend ist aber z. B. ein Beschluß, daß die ausstehenden Forderungen anders als durch Einziehung verwertet werden dürfen, oder daß (z. B. im Fall RG. **34** 57) bestimmte teilbare Vermögensstücke, ohne Umsetzung in Geld, unter die Aktionäre verteilt werden sollen. Ist für derartige Anordnungen nach Vorstehendem ein Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung ausreichend, so kann doch zweifelhaft sein, ob hierfür einfache Stimmenmehrheit genügt (vgl. § 298 Abs. 2, § 235 Abs. 1) oder ob in entsprechender Anwendung des § 303 (vgl. § 303 Anm. I c) die dort vorgeschriebene erhöhte Mehrheit gefordert werden muß. Die herrschende Meinung (RG. 15 XI 05 JW. **06** 33[48], OLG. Karlsruhe 25 II 05 OLGRspr. **11** 33, Staub[8]-Pinner § 300 Anm. 3, Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 1, Fuld in HoldheimsMSchr. **05** 43) folgt der ersteren Ansicht. — Zu beachten ist jedoch, daß ein derartiger Beschluß jedenfalls anfechtbar ist, wenn er im einzelnen Fall die Satzung, z. B. ein in der Satzung festgesetztes Sondergattungsrecht, verletzt (§ 300 Anm. IV b) oder wenn er dem Recht auf Nichtbenachteiligung gegenüber anderen Aktionären gleichen Rechts (§ 300 Anm. II b 1) entgegensteht. — Zu einem Verkauf einzelner Vermögensbestandteile in Bausch und Bogen sind die Liquidatoren auch ohne Generalversammlungsbeschluß ermächtigt, außer soweit Forderungen mitverkauft werden (§ 149 Anm. II c).

c. **Vertretungsmacht.** Über die Anwendbarkeit der §§ 149 Satz 2, 151 vgl. oben Anm. II a, RG. **45** 154. Über Gesamtvertretung vgl. oben Anm. I b. Über Beschränkung der Vertretungsmacht vgl. oben Anm. I e 2. Die Liquidatoren stehen ebensowenig, wie der Vorstand (§ 231 Anm. II b), in einem Vertragsverhältnis zu den einzelnen Aktionären (RG. **29** 5); nach außen handeln sie nicht als Bevollmächtigter der Aktionäre, sondern als Vertreter der Gesellschaft (ROH. **22** 243, RG. **41** 95; vgl. § 149 Anm. I a). Die Stellung der Liquidatoren als vertretende Behörde ist, wie diejenige des Vorstands (§ 231 Anm. I, IV), nicht abänderbar durch Satzungsbestimmung (D. 127, ROH. **10** 357).

d. **Form der Firmenzeichnung.** Vgl. § 153. — Über die Zeichnung zwecks Aufbewahrung bei Gericht vgl. § 296 Anm. III. Über das Erlöschen der Firma vgl. § 302 Anm. III a.

e. **Rechte und Pflichten der Liquidatoren.** Inwieweit die einzelnen für den Vorstand ge-

gebenen Vorschriften für anwendbar auf Liquidatoren zu erachten sind, vgl. oben Anm. I und § 294 Anm. II. Der § 298 Abs. 2 enthält die Regel der entsprechenden Anwendbarkeit; diese Regel soll aber nur gelten „innerhalb ihres Geschäftskreises".

f. **Überwachung durch den Aufsichtsrat.** Vgl. § 294 Anm. II c 2. — Über die gleichfalls fortdauernde Überwachung durch die Generalversammlung vgl. § 294 Anm. II c 3.

g. **Mitwirkung bei Willenserklärungen für die Gesellschaft.** Vgl. oben Anm. I b.

h. **Bestellung von Prokuristen.** Vgl. oben Anm. I h.

i. **Verbot von Sondergeschäften.** Vgl. oben Anm. I f. — Eine vertragliche Ausschließung von Sondergeschäften ist zulässig (Staub[8]-Pinner Anm. 12).

§ 299.

Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht; Entlastung; Revisoren.

Die Liquidatoren haben für den Beginn der Liquidation und weiterhin für den Schluß jedes Jahres eine Bilanz aufzustellen; das bisherige Geschäftsjahr der Gesellschaft kann beibehalten werden.

Die Vorschriften der §§ 260, 263 bis 267 mit Ausnahme derjenigen über die Gewinnvertheilung finden Anwendung; die Vorschriften der §§ 261, 262 bleiben außer Anwendung.

ADH. Art. 244a Abs. 3. **Entw. I** § 272. **Entw. II** § 290.

I. Liquidationseröffnungs-Bilanz.
II. Jahresbilanzen.
III. Geschäftsjahr.
IV. Anwendung der §§ 260, 263—267
V. Nichtanwendung der §§ 261, 262
VI. Ordnungsstrafen.

I. **Liquidationseröffnungsbilanz.**

a. **Zeitpunkt.** Hervorgehoben ist nur der Zeitpunkt, „für" welchen (vgl. § 39 Anm. I a) die Bilanz aufgestellt werden soll: sie ist aufzustellen für den Zeitpunkt des Liquidationsbeginns, der in der Regel zusammenfällt mit dem Zeitpunkt der Auflösung (§ 293 Anm. IV). Wann sie aufgestellt werden soll, ist (abweichend von § 154) nicht ausdrücklich bemerkt; aus § 299 Abs. 2 folgt jedoch (unten Anm. IV a), daß auch auf diese Bilanz die (in der Regel dreimonatliche) Frist des § 260 Abs. 2 Anwendung zu finden hat.

b. **Beziehung zum abgelaufenen Teil des bisherigen Geschäftsjahrs.** Die Liquidationseröffnungsbilanz ist nicht gemäß den Regeln der §§ 261, 262, vielmehr nur nach den allgemeinen Regeln der §§ 39, 40 aufzustellen (unten Anm. V). Andererseits schließt die Liquidationseröffnungsbilanz doch jenes kleinere Übergangsgeschäftsjahr ab; und zwar nicht nur, wenn künftig nach Liquidationsjahren gerechnet (unten Anm. III a), sondern auch, wenn das bisherige Geschäftsjahr beibehalten wird (unten Anm. III b). Auch falls das bisherige Geschäftsjahr beibehalten wird, der Zeitpunkt des Liquidationsbeginns aber mit dem Schluß des bisherigen vollen Geschäftsjahrs zusammenfällt, ist mithin keine besondere nach §§ 261, 262 aufzustellende Jahresbilanz neben der Liquidationseröffnungsbilanz erforderlich (ebenso Ring Nr. 2, Staub[8]-Pinner Anm. 1; dagegen früher Pinner Anm. III 3), denn jene Jahresbilanz wäre zwecklos, da Gewinn an die Aktionäre auf Grund derselben nicht mehr verteilt werden dürfte (unten Anm. IV c). — Hiernach ist die Liquidationseröffnungsbilanz gleichzeitig eine Schlußbilanz für das mit dem Liquidationsbeginn schließende kleinere Übergangsgeschäftsjahr. Dennoch ist sie keine Schlußbilanz in dem Sinn, in welchem dies Wort für die Zeit vor Auflösung gebraucht wird. Handelt es sich daher im einzelnen Fall darum, z. B. behufs Ermittelung von Gewinnanteilen der Gesellschaftsbeamten (Simon § 113 Anm. 9), festzustellen, welcher Gewinn für jenes Übergangsgeschäftsjahr hätte zur Verteilung kommen müssen, wenn Auflösung nicht eingetreten wäre, so ist dies durch eine besondere nach den Regeln der §§ 261, 262 aufzustellende Bilanz ersichtlich zu machen (vgl. D. 163. — Eine etwa vorhandene Schwierigkeit, genaue Aufklärung über die einzelnen Aktiven und

Passiven zu erhalten, befreit nicht von Aufstellung der Eröffnungsbilanz; sie muß aufgestellt werden, so gut es geht (KG. 29 VI 05 EntschFG. 6 131 KGJ. 30 A 128).

c. **Notwendigkeit der Inventaraufnahme.** Aus der Verpflichtung zur Aufstellung einer Bilanz für den Liquidationsbeginn folgt an sich nicht auch die Verpflichtung zur Aufnahme eines Inventars bei Liquidationsbeginn; denn nicht jede Bilanz setzt eine erneute Inventaraufnahme voraus (§ 39 Abs. 3). Da indessen, selbst im Fall der Beibehaltung des bisherigen Geschäftsjahrs, die Liquidationseröffnungsbilanz zugleich das frühere Geschäftsjahr abschließt (oben Anm. I b), folgt aus § 39 Abs. 2 die Notwendigkeit einer Inventaraufnahme als Regel.

II. **Jahresbilanzen.** Ob die Pflicht zur Aufstellung von Jahresbilanzen während Liquidation aus der allgemeinen Vorschrift des § 39 Abs. 2 abgeleitet werden kann, ist bestritten (vgl. § 154 Anm. II, Simon 451). Für die Aktiengesellschaft ist durch § 299 Abs. 1 die Aufstellung von Jahresbilanzen während Liquidation ausdrücklich angeordnet. — Über die Schlußrechnung vgl. § 302 Anm. II a.

III. **Geschäftsjahr.** Dies Wort ist im § 299 Abs. 1 auch auf die Liquidationszeit bezogen; ob abweichend im § 39 Abs. 2, ist zweifelhaft (vgl. § 154 Anm. II, Simon 451). Aus der Fassung des § 299 Abs. 1 ist zu schließen, daß als Regel das Liquidationsjahr künftig an die Stelle des Geschäftsjahrs tritt, daß aber ein Abweichen von dieser Regel durch Beibehaltung des bisherigen Geschäftsjahrs zulässig sein soll.

a. **Liquidationsjahr als Geschäftsjahr.** Tritt das Liquidationsjahr an die Stelle des bisherigen Geschäftsjahrs, so ist der Teil des bei Auflösung laufenden Geschäftsjahrs von dessen Beginn bis zur Auflösung als ein kürzeres Übergangs-Geschäftsjahr (§ 260 Anm. II a) anzusehen. Die an sich für den Schluß dieses Übergangs-Geschäftsjahrs aufzustellende Jahresbilanz wird jedoch ersetzt durch die Liquidationseröffnungsbilanz (oben Anm. I b).

b. **Beibehaltung des bisherigen Geschäftsjahrs.**

1. Anordnung. Über die Frage, ob das bisherige Geschäftsjahr beibehalten werden soll, kann zwar eine ausdrückliche Entschließung herbeigeführt werden, dies ist aber nicht für notwendig zu erachten. Vielmehr haben mangels hierauf bezüglicher Bestimmung durch Satzung oder Generalversammlungsbeschluß (§ 298 Anm. I e 1) die Liquidatoren das selbständige Anordnungsrecht (ebenso Esser Anm. 3) und können daher durch stillschweigende Vorlegung einer für den Schluß des bisherigen Geschäftsjahrs aufgestellten Bilanz den Willen, das bisherige Geschäftsjahr beizubehalten, in genügender Weise zum Ausdruck bringen. Eine Satzungsbestimmung, in der ein bestimmtes Geschäftsjahr festgelegt ist ohne Hinzufügung, daß dies Geschäftsjahr auch während Liquidation beibehalten werden soll, wird im Zweifel als keine Bindung für die Liquidationszeit enthaltend ausgelegt werden können.

2. Beziehung der nächsten Jahresbilanz zur Liquidationseröffnungsbilanz. Zweifelhaft kann sein, ob, falls das bisherige Geschäftsjahr beibehalten wird und der Liquidationsbeginn in die Mitte des Geschäftsjahrs fällt, die der ersten Liquidationsjahresbilanz beizufügende Gewinn- und Verlustrechnung an die letzte frühere Jahresbilanz oder ob sie an die Liquidationseröffnungsbilanz anknüpfen muß. Ist ersteres richtig, so würde in diesem Fall die Liquidationseröffnungsbilanz im Verhältnis zur folgenden Jahresbilanz nur die Eigenschaft einer Zwischenbilanz haben (so KGJ. 14 241, Staub[8]-Pinner Anm. 5). Dies ist jedoch wohl nicht beabsichtigt (zust. Ring Nr. 3). Hat aber demnach die der ersten Liquidationsjahresbilanz zu grund liegende Gewinn- und Verlustrechnung selbst im Fall der Beibehaltung des bisherigen Geschäftsjahrs an die Liquidationseröffnungsbilanz anzuknüpfen, so erhält letztere auch in diesem Fall die Eigenschaft als Abschluß eines (kürzeren Übergangs-) Geschäftsjahrs (oben Anm. I b).

3. Zeitpunkt, für welchen die erste Liquidationsjahresbilanz aufzunehmen. Wird das bisherige, z. B. vom 1. Juli zum 30. Juni laufende Geschäftsjahr beibehalten, und hat die Liquidation am 1. Oktober 1902 begonnen, so fragt sich, ob die erste Jahresbilanz für 30. Juni 1903 oder erst für 30. Juni 1904 errichtet werden muß. Staub[7] Anm. 5 nahm letzteres an. Dem ist jedoch nicht beizustimmen (zust. Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 16, Staub[8]-Pinner Anm. 5). Selbst wenn man § 39 Abs. 2 nicht für un-

mittelbar anwendbar auf Geschäftsjahre während Liquidationszeit erachten sollte (oben Anm. III Einl.), so wird doch auch § 299 Abs. 1 dahin auszulegen sein, daß er nicht gestatten wollte, daß ein Geschäftsjahr 12 Monate überschreite. Demgemäß ist (§ 299 Anm. II a) die Einschiebung eines zweiten kurzen Übergangs-Geschäftsjahrs (1. Oktober 1902 bis 30. Juni 1903) und mithin die Aufnahme einer Jahresbilanz für den 30. Juni 1903 für erforderlich zu erachten.

IV. **Anwendung der §§ 260, 263—267.**

a. **Der § 299 Abs. 2 bezieht sich nicht nur auf die Jahresbilanzen, sondern auch auf die Liquidationseröffnungsbilanz.** Dies geht schon äußerlich daraus hervor, daß in Abs. 1 beide Bilanzarten erwähnt sind und die Vorschrift der Anwendbarkeit bzw. Nichtanwendbarkeit in einem besonderen Absatz hinzugefügt ist. Die allgemeine Anwendbarkeit der §§ 260, 263—267 auch auf die Liquidations eröffnungs bilanz war beabsichtigt (D. 162: „rücksichtlich aller dieser Bilanzen"). Da § 260 Abs. 1 und infolgedessen auch die hierauf bezugnehmenden §§ 260 Abs. 2, 263—265 und wohl auch §§ 266, 267 (§ 260 Anm. II a, V a, § 263 Anm. I a, § 265 Anm. I b, § 266 Anm. I a; vgl. § 261 Anm. III, § 262 Anm. I a) nur auf die Jahres bilanz der bestehenden Gesellschaft sich beziehen, ist mithin § 299 Abs. 2 dahin zu deuten, daß sie unmittelbar auf die Jahresbilanz der aufgelösten Gesellschaft und entsprechend auch auf die Liquidations eröffnungs bilanz Anwendung finden sollen.

b. **Die einzelnen Vorschriften.** Vgl. § 294 Anm. II c 4, 6. — Daß der Gesetzestext „263, 264 bis 267" statt „263 bis 267" lautet, hat darin seinen Grund, daß der jetzige § 263 erst durch die Reichstagskommission an die Stelle unmittelbar vor dem jetzigen § 264 gesetzt worden ist.

c. **Keine Gewinnverteilung.** Während der Liquidation finden Gewinnverteilungen nicht statt; die Liquidationszeit wird vielmehr in Bezug auf ihre Ergebnisse als einheitlicher Rechnungsabschnitt behandelt (D. 163, 105). Die §§ 299 Abs. 2, 301 sind dahin auszulegen, daß während Liquidation auch derjenige Gewinn nur nach Maßgabe der §§ 300, 301 verteilt werden darf, der sich für den bis zum Liquidationsbeginn reichenden Teil des damals laufenden Geschäftsjahrs aus einer für diesen Zeitpunkt nach den Regeln der §§ 261, 262 aufzustellenden Bilanz ergeben würde (Simon § 119 Anm. 9).

V. **Nichtanwendung der §§ 261, 262.**

a. **Allgemeines.** Auch die Vorschrift der Nichtanwendung bezieht sich ebensowohl auf die Liquidations eröffnungs bilanz wie auf die Jahresbilanzen (oben Anm. IV a). Das Ausschließen der Anwendung der §§ 261, 262 beruht darauf, daß jene Vorschriften im wesentlichen nur den Zweck haben, zu verhindern, daß das Grundvermögen durch Verteilung eines nicht hinreichend sicheren Gewinns gemindert werde (D. 163, § 261 Anm. II), hier aber eine Gewinnverteilung nicht in Frage kommt (oben Anm. IV c). Jenes Ausschließen hat zur Folge, daß lediglich die allgemeinen Vorschriften der §§ 39, 40 zur Anwendung kommen.

b. **Bewertung von Vermögensgegenständen.** Die Vermögensgegenstände sind zu ihrem wahren Wert einzusetzen (§ 40 Abs. 2) ohne Rücksicht auf die in § 261 enthaltenen teils erschwerenden (Nr. 1, 2), teils erleichternden (Nr. 3) Vorschriften. Simon 449 erachtet die in § 261 Nr. 3 enthaltene Vorschrift rechtlich für anwendbar; folgerichtig von seinem Standpunkt aus (dagegen § 261 Anm. VI a 2, IX b), daß jene Vorschrift keine Erleichterung gegenüber § 40 Abs. 2 enthalte. Als in die Bilanz einzusetzender Wert kommt auch für die Liquidationsbilanzen der besondere Gebrauchs- bzw. Veräußerungswert (§ 40 Anm. II c) in Betracht (Simon 448; abw. Staub[8]-Pinner Anm. 6); nur wird für sehr wenige Gegenstände noch der Gebrauchswert, vielmehr für fast alle der Veräußerungswert einzusetzen sein, da fast alle, auch die bisherigen Betriebsgegenstände, nunmehr zur Veräußerung bestimmt sind (Simon a. a. O.). Der Gebrauchswert darf nur eingesetzt werden für die voraussichtlich noch innerhalb der Liquidationszeit aufzubrauchenden Gegenstände. Da der besondere Wert einzusetzen, so ist zu berücksichtigen, welcher Erlös sich bei der im Einzelfall in Aussicht genommenen Veräußerungsart vermutlich ergeben wird.

c. **Kosten der Verwaltung** (vgl. § 261 Nr. 4) können auch während Liquidation nicht als Aktiva in die Bilanz eingesetzt werden (Simon 449).

d. **Kapitalkonten.** Zwar ist es zulässig, aber nicht gesetzlich notwendig, auch für die Zukunft die einzelnen Kapitalkonten getrennt aufzuführen. Die Summen der bisherigen Reservefonds und Bewertungskonten können dem Gewinn- und Verlustkonto zugeschrieben werden, wobei die Bewertungskonten in der Regel durch die notwendig werdenden entsprechenden Abschreibungen ihren Ausgleich finden werden. Das Grundkapitalkonto wird zweckmäßiger Weise getrennt fortgeführt. Doch kann der Betrag des Grundkapitals gleichfalls dem Gewinn- und Verlustkonto zugeschrieben werden, so daß letzteres zu einem einheitlichen Kapitalkonto der Aktionäre wird (Simon 447, Ring Nr. 5; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 6).

VI. **Ordnungsstrafen.** Vgl. § 319 Anm. II d 7.

§ 300.

Verteilung.

Das nach der Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft wird unter die Aktionäre vertheilt.

Die Vertheilung erfolgt nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge, sofern nicht mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden sind.

Sind die Einzahlungen nicht auf alle Aktien in demselben Verhältnisse geleistet, so werden die auf das Grundkapital geleisteten Einzahlungen erstattet und ein Ueberschuß nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge vertheilt. Reicht das vorhandene Vermögen zur Erstattung der Einzahlungen nicht aus, so haben die Aktionäre den Verlust nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge zu tragen; die noch ausstehenden Einzahlungen sind, soweit es hierzu erforderlich ist, einzuziehen.

ADH. Art. 245 Abs. 1. **Entw. I** § 273. **Entw. II** § 291.

I. **Berichtigung der Schulden.** Vgl. § 301 Anm. I. Vor Verteilung müssen die zum Schutz der Gläubiger gegebenen Vorschriften des § 301 ausgeführt sein.

II. **Verteilung des verbleibenden Vermögens.**

a. **Verbleibendes Vermögen.** Dies Vermögen umfaßt den etwaigen aus dem letzten Geschäftsjahr herrührenden aber wegen Eintritts der Liquidation nicht verteilten Gewinn (§ 299 Anm. IV c), den etwaigen Gewinn der Liquidationszeit und die durch Zuschreibung der Endbeträge der Bewertungs- und Reservekonten zum Gewinn- und Verlustkonto (§ 299 Anm. V d) freigewordenen Beträge. Der § 300 verbietet nicht, daß statt Geld andere zum Gesellschaftsvermögen gehörende Gegenstände verteilt werden (RG. 15 XI 05 JW. **06** 33[43]); unter welchen Voraussetzungen dies zulässig, vgl. § 298 Anm. II b.

b. **Recht auf Verteilung.**

1. Inwieweit ist es Sonderrecht? Vgl. § 250 Anm. II c 8. In § 300 Abs. 1 ist das Recht auf Verteilung als Sonderrecht anerkannt (D. 163, ROH. **17** 46). Die Denkschrift a. a. O. bemerkt: „Daraus folgt namentlich, daß eine Verwendung des Gesellschaftsvermögens zu einem anderen Zwecke als zur Verteilung unter die Mitglieder nur zulässig ist, wenn eine solche Verwendung schon in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage, dem sich sämtliche Aktionäre unterworfen haben, vorgesehen war, sowie daß ein grundsätzlicher Ausschluß eines Teils der Aktionäre von der Berücksichtigung bei der Vermögensverteilung nicht angängig ist." Der ersteren Folgerung ist zuzustimmen (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 2, Goldmann Nr. 1; dagegen Ring Nr. 1 für die Zeit vor Liquidationsbeginn) mit der Maßgabe, daß eine den § 300 Abs. 1 ausschließende Satzungsbestimmung zwar auch durch Satzungsänderung aufgenommen werden kann, jedoch nur unter Zustimmung aller hierdurch benachteiligten Aktionäre (§ 276 Anm. V a). Die zweite Folgerung, daß der grundsätzliche Ausschluß eines Teils der Aktionäre von der Berücksichtigung bei der

Vermögensverteilung unzulässig sei (RG. 7 34), ist nicht dahin zu deuten, daß ein solcher Ausschluß nach zwingendem Recht unzulässig sei (RG. 7 70; vgl. auch BGB. § 45. GmbHG. § 72 Satz 2), sondern nur, daß diesem Ausschluß gleichfalls Sonderrechte entgegenstehen. Über die Frage, ob im Fall ungleichmäßiger Berücksichtigung diese Rechte in der Tat als Sonderrechte oder nur als Gesamtrechte der zu Benachteiligenden aufzufassen, vgl. § 250 Anm. II c 4, § 275 Anm. III a. Da nach § 300 Abs. 2 nur bei Vorhandensein verschiedener Aktiengattungen eine von dem Verhältnis der Grundkapitalanteile abweichende Verteilung stattfinden soll, so führt die Frage, ob eine ungleichmäßige Verteilung auch ohne Festsetzung in der ursprünglichen Satzung stattfinden darf, auf die Fragen zurück, ob (§ 185 Anm. III b) und unter welchen Voraussetzungen (§ 276 Anm. V b) eine Gattungsverschiedenheit durch Satzungsänderung eingeführt werden kann. Keine ungleichmäßige Berücksichtigung liegt vor, wenn das an die mehreren Aktionäre Ausgeschüttete zwar nicht nach Gegenstand gleich ist, aber wirtschaftlich gleichen Wert hat (RG. 15 XI 05 JW. 06 34[43]). So z. B., wenn marktgängige Wertpapiere und statt der Spitzen deren Erlös verteilt werden (RG. 15 XI 05 JW. 06 34[43]).

2. Von wann ab ist Klage auf Zahlung zulässig? Zweifelhaft ist, von welchem Zeitpunkt ab (nach Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften, § 301) dem einzelnen Aktionär eine Klage auf Zahlung des auf ihn entfallenden Anteils an dem vorhandenen Überschuß zusteht. Das ROH. III, 338 und ihm folgend Staub[8]-Pinner Anm. 13 wollen sie gewähren, sobald der Aktionär nachweisen kann, daß ein Überschuß von teilbaren Vermögensgegenständen vorhanden ist. Dem ist beizutreten. Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen Teilbarkeit vor Versilberung vorhanden, vgl. § 298 Anm. II b, § 300 Anm. II b 1. — Hier kann nicht, wie bei Gewinnverteilung (§ 213 Anm. II c), ein unmittelbares Klagerecht auf Zahlung davon abhängig gemacht werden, daß seitens der Generalversammlung ein Überschuß als verteilbar festgestellt ist, denn für eine derartige Feststellung ist die Generalversammlung nicht ausschließlich zuständig. Von vollständiger Beendigung der Liquidation ist das Klagerecht wohl nicht abhängig (§ 250 Anm. II c 8).

c. **Verteilung.**

1. Herausgabe an die Aktionäre. Statt der Verteilung kann beschlossen werden, das Gesellschaftsvermögen durch Veräußerung im ganzen zu verwerten (§ 303). Über die Frage, ob und mit welcher Mehrheit andere Abweichungen von den Vorschriften des § 149 Satz 1 beschlossen werden dürfen, vgl. § 298 Anm. II b. Soweit den Liquidatoren die Aktionäre bekannt sind und die Berechtigung der letzteren nicht durch Vorlegung der Mitgliedscheine nachgewiesen zu werden braucht, also in der Regel wenn Namenmitgliedscheine ausgegeben sind (§ 223 Abs. 3), ist diesen Aktionären das Geld zu übersenden (BGB. § 270). Soweit den Liquidatoren die Aktionäre unbekannt sind, oder nur gegen Vorlegung des Mitgliedscheins Zahlung verlangt werden kann, insbesondere also wenn Inhabermitgliedscheine ausgegeben sind, können die Liquidatoren abwarten, bis die Berechtigten sich bei ihnen melden, es sei denn, daß in der Satzung oder durch Generalversammlungsbeschluß etwas Gegenteiliges angeordnet ist. Eine Aufforderung an die Aktionäre, sich zur Empfangnahme zu melden, ist im Gesetz nicht vorgeschrieben (Staub[8]-Pinner Anm. 11). Eine Bekanntmachung (§ 182 Abs. 2 Nr. 6), in welcher die Verteilung mit angemessener Frist angeboten wird, ist jedoch für erforderlich zu erachten, um den Aktionär in Verzug zu setzen (BGB. §§ 293, 299). Sonderbenachrichtigung der im Aktienbuch Eingetragenen oder sonst der Gesellschaft bekannten Aktionäre ist zu diesem Zweck nicht notwendig (dagegen Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 8).
2. Hinterlegung. Nur wenn der Aktionär in Verzug ist, sind die Liquidatoren berechtigt, die nicht erhobenen Beträge zu hinterlegen (BGB. § 273; vgl. HGB. § 290 Anm. V). Gegenüber den Aktionären ist die Gesellschaft nicht verpflichtet, zu hinterlegen; solange dies aber nicht geschehen, ist die Liquidation nicht beendigt (§ 302 Anm. I).
3. Keine Aushändigung der Mitgliedscheine. Die Aushändigung der Mitgliedscheine gegen Empfang der auf sie entfallenden Summen kann, selbst wenn Inhabermitgliedscheine ausgegeben sind, nicht verlangt werden (vgl. zu BGB. § 797 hinter

HGB. § 230; ebenso Staub⁸-Pinner Anm. 12, Pinner Anm. IV, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 8; dagegen KB. 71), weil eine Nachtragsverteilung (§ 302 Abs. 4) und sonstige nachträgliche Leistungen (z. B. Gewährung eines Stimmrechts in einer nachträglichen Generalversammlung) nicht ausgeschlossen sind. Dagegen kann die AG. Quittung verlangen (BGB. § 368) und wohl auch die Duldung eines auf die erfolgte Zahlung bezüglichen Vermerks auf dem Inhabermitgliedschein (Staub⁸-Pinner Anm. 12, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 8; vgl. BGB. § 368 Satz 2, Wechselordnung Art. 39 Satz 2) und, falls der Namenmitgliedschein Wertpapier (§ 179 Anm. IV), auch auf dem Namenmitgliedschein (Staub, Ring, Goldmann a. a. O.). Für den Sonderfall der Übertragung des Vermögens im ganzen gegen Aktiengewährung ist indessen in § 305 Abs. 3 ein Recht auf Aushändigung der bisherigen Mitgliedscheine anerkannt.

d. **Verjährung.** Auf Inhaberaktien ist BGB. § 801 Abs. 1 und 3 entsprechend anzuwenden (zu BGB. § 801 hinter HGB. § 230, KB. 71; dagegen Goldmann Nr. 2); bei Namenaktien gelten die allgemeinen Regeln über Verjährung (BGB. §§ 195 ff.). Ist hinterlegt, so sind ferner zu beachten BGB. § 382, EGBGB. Art. 145; für Preußen AGBGB. Art. 84XI (Hinterlegungsordnung § 58 a); bezüglich der erforderlichen Anzeige von erfolgter Hinterlegung vgl. BGB. § 132 und für Preußen AGBGB. Art. 84II (Hinterlegungsordnung § 18 Abs. 3). — Eine Abkürzung der Verjährungsfrist und bei Inhaberaktien auch der Vorlegungsfrist ist in der ursprünglichen Satzung zulässig (vgl. BGB. §§ 225, 801 Abs. 3). Ob durch Satzungsänderung auch ohne Zustimmung aller einzelnen Aktionäre, ist bestritten (für Bejahung RG. 7 34, Esser § 301 Anm. 4, für die Zeit bis zum Liquidationsbeginn auch Ring Nr. 4; dagegen Staub⁸-Pinner Anm. 5, Goldmann Nr. 2); die Entscheidung ist davon abhängig, ob allgemein das Recht auf Verteilung geändert werden darf ohne Zustimmung des Benachteiligten (hierüber oben Anm. II b 1).

III. **Verhältnis der Leistungen** in Anrechnung auf Grundkapital **zu einander.** Der § 300 Abs. 2 und 3 unterscheidet, ob die „Einzahlungen“ auf alle „Aktien“ in demselben Verhältnis geleistet sind oder nicht.

a. **In Anrechnung auf Grundkapital.** Das in Betracht kommende Verhältnis ist dasjenige der Leistung in Anrechnung auf Grundkapital zu dem (Nenn-)Betrag des Grundkapitalanteils (§ 179 Anm. III a); nicht etwa dasjenige der bewirkten „Kapitaleinlage“ (§ 211 Anm. II) zu dem Ausgabebetrag (§ 185 Anm. I); auch nicht dasjenige der bewirkten Mitgliedschaftsleistungen überhaupt zu den versprochenen Mitgliedschaftsleistungen, einschließlich etwa der wiederkehrenden. Sowohl die Leistungen, welche nicht „Kapitaleinlage“ (§ 211 Anm. II) sind, wie auch diejenigen, welche zwar Kapitaleinlage sind, aber in Anrechnung auf das Aufgeld (§ 184 Anm. III, § 262 Anm. II b 1; möglicherweise in verschiedener Höhe, vgl. § 278 Anm. VIII c) erfolgen, bleiben für die Feststellung, wieviel eingezahlt ist, hier außer Betracht. Dies ist daraus zu schließen, daß § 300 Abs. 3 für die Frage der Erstattung des Geleisteten jene Leistungen gleichfalls nicht berücksichtigt (ebenso Staub⁸-Pinner Anm. 8; dagegen früher Pinner Anm. III 3). — „Aktie“ steht in § 300 Abs. 3 im Sinn von Grundkapitalanteil (§ 179 Anm. III a). Unerheblich ist daher z. B., ob Aktienurkunden oder Interimsscheine ausgegeben sind (RG. 33 16).

b. **Einzahlungen.** Die nur für „Einzahlungen“ gegebene Vorschrift ist entsprechend auch auf erfolgte Nichtbareinlagen anzuwenden (§ 179 Anm. VI b); doch sind, falls nicht Gegenteiliges gültig beschlossen wird (§ 298 Anm. II b), nicht die eingebrachten Gegenstände als solche herauszugeben, vielmehr nur in Geld ihr Einbringungswert (vgl. BGB. § 733 Abs. 2). Ist nur eine Teilleistung erfolgt, so steht deren Einbringungswert zu deren wahrem Wert in dem gleichen Verhältnis wie der (Nenn-)Betrag des für die volle versprochene Nichtbareinlage gewährten Grundkapitalanteils zu dem wahren Wert dieser vollen Einlage. — Bei Nichtbareinlagen wird im Zweifel anzunehmen sein, daß die ganze Einlage in Anrechnung auf Grundkapital, kein Teil als Aufgeld geleistet ist. — Nur auf die Höhe der bewirkten Leistungen kommt es an, nicht auf die Höhe der Einforderungen (§ 214 Anm. I b).

IV. **Verteilungsverhältnis.**

a. **Gesetzliche Regel.**

1. Falls die Leistungen in Anrechnung auf Grundkapital (oben Anm. III) in **gleichem** Verhältnis bewirkt sind, so hat die Verteilung im Verhältnis der „Aktienbeträge", d. h. der Beträge der Grundkapitalanteile (§ 179 Anm. III a) zu erfolgen (§ 300 Abs. 2).

2. Falls die Leistungen in Anrechnung auf Grundkapital (oben Anm. III) in **verschiedenem** Verhältnis bewirkt sind, so kommen zunächst diese bewirkten Leistungen zur Erstattung, ein Überschuß aber sowie ein Fehlbetrag sind nach dem Verhältnis der Nennbeträge zu verteilen (§ 300 Abs. 3, D. 164). Dieser (im Gegensatz zum Entwurf I angenommene) Grundsatz entspricht der Regelung der Gewinnverteilung in § 214 Abs. 2 und ist bereits früher vom RG. 33 17 gebilligt. Er ist als zweckmäßig ausführlicher begründet von Simon in H. Makower u. Simon, Beitr. z. Beurteilung des Entw. eines HGB. S. 49. — Nur die „auf das Grundkapital geleisteten Einzahlungen" (oben Anm. III) sind vorweg zu erstatten. — Über die Frage, inwieweit nach Auflösung der Gesellschaft rückständige Einlagen eingezogen werden können, vgl. § 292 Anm. I c 2, § 294 Anm. II b 9. Der § 300 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 ist nur aufzufassen als eine sachliche Regelung der Verteilung. Durch ihn sollte klargestellt werden, daß einerseits die bisherige Nichtbewirkung der Einzahlung nicht schütze vor anteiliger Tragung des Verlusts, und daß andererseits die Liquidatoren nicht mehr einziehen sollen als für die Zwecke der Ausgleichung des Verlusts unter den Aktionären erforderlich ist. Beträgt z. B. der Verlust 50000 Mk., hatten 100 Aktionäre Lit. A. je 1000 Mk., andere 100 Aktionäre Lit. B. nur je 500 Mk. eingezahlt, so sollen hiernach nicht von den Aktionären Lit. B. die ganzen fehlenden 50000 Mk. beigetrieben und hiervon dann jedem der 200 Aktionäre 250 Mk. gezahlt werden; vielmehr sind von den Aktionären Lit. B. nur 25000 Mk. beizutreiben und diese den Aktionären Lit. A. zu zahlen. Die Fassung des § 300 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 sollte nicht etwa die Beweislast bezüglich der Frage, ob die Einziehung „erforderlich", regeln. In dieser Beziehung bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen; die Behauptung, daß die Einlagen rückständig seien, ist genügende Begründung der Klage, und nur eine Einrede, daß die Einziehung nicht erforderlich sei, ist zulässig (§ 294 Anm. I c 2). Die Liquidatoren haben bei Bemessung des einzuziehenden Betrags auch die Möglichkeit des Eintretens weiterer Verluste bei Einziehung, insbesondere die Möglichkeit von Ausfällen zu berücksichtigen. Derartige Verluste sind wiederum im Verhältnis der Aktienbeträge auf alle Aktionäre zu verteilen, jedoch — da anderenfalls stets ein Rest bleiben würde — unter Nichtzählung derjenigen, deren Zahlungsunfähigkeit sich herausgestellt hat (vgl. GenG. § 105 Abs. 3).

b. **Ausnahme.** Eine Abweichung von der gesetzlichen Regel ist nur insoweit zulässig (dann aber auch geboten), als dies aus der verschiedenen hieraufbezüglichen Berechtigung vorhandener Aktiengattungen (vgl. § 185 Anm. II b) folgt. Dies ist im Gesetz nur für den Fall des § 300 Abs. 2 ausgesprochen, gilt aber in gleicher Weise auch für den Fall des § 300 Abs. 3. — Über die Frage, ob die verschiedene Berechtigung bereits in der ursprünglichen Satzung festgesetzt sein muß, vgl. § 185 Anm. III, § 300 Anm. II b. Über den Ausdruck „Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung" vgl. § 185 Anm. I c. Die Verletzung eines solchen durch Satzung verbrieften Sondergattungsrechts durch einen Generalversammlungsbeschluß, in welchem eine jenem Sondergattungsrecht widerstreitende Art der Verwertung des Gesellschaftsvermögens (§ 298 Anm. II b) festgesetzt wird, bewirkt die Anfechtbarkeit dieses Beschlusses (§ 250 Anm. II c 10, § 303 Anm. II b, RG. 14 134; vgl. § 185 Anm. II b

§ 301.

Sperrzeit.

Die Vertheilung des Vermögens darf nur erfolgen, wenn seit dem Tage, an welchem die im § 297 vorgeschriebene öffentliche Aufforderung an die Gläubiger zum dritten Male stattgefunden hat, ein Jahr verstrichen ist.

Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, für den Gläubiger zu hinterlegen.

Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf die Vertheilung des Vermögens nur erfolgen, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist.

ADH. Art. 245 Abs. 2, 3. **Entw. I** § 274. **Entw. II** § 292.

I. **Befriedigung oder Sicherung der Gläubiger.**

a. **Befriedigung.** Die Liquidatoren sind zu gleichmäßiger Berücksichtigung aller bekannten Gläubiger verpflichtet (RG. 7 108). Zwar ist nicht vorgeschrieben, daß jede einzelne Zahlung immer nur verhältnismäßig auf alle Forderungen verteilt werden dürfe; aber die Liquidatoren dürfen doch den einzelnen Gläubiger über jenen Verhältnissatz hinaus nur befriedigen, wenn sie zugleich bei sorgfältiger Prüfung zu der Annahme gelangen können, daß sie auch für die anderen Gläubiger ausreichende Masse haben (RG. 7 109). Durch Leistung einer Zahlung (auch einer nur verhältnismäßigen), nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Überschuldung sich ergeben hat, machen sich die Liquidatoren unmittelbar den Gläubigern ersatzpflichtig (§ 241 Abs. 3 Nr. 6, § 298 Anm. I b), durch Nichtanmeldung des Konkurses auch strafbar (§ 315 Nr. 2). Die benachteiligten Gläubiger haben kein Ausgleichungsrecht gegenüber den bevorzugten (Pinner Anm. V 3); doch können unter Umständen die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung gegeben sein (Staub[8]-Pinner Anm. 8). — Unbekannte Gläubiger bleiben unberücksichtigt; werden sie demnächst bekannt, so sind sie, wenn das Vorhandensein ausreichender Masse zweifelhaft wird, bei späteren Zahlungen vorweg mit dem an andere Gläubiger bereits gezahlten Verhältnissatz zu berücksichtigen (vgl. KO. § 155). Erst die erfolgte Verteilung, nicht bereits der Ablauf des Sperrjahrs, bewirkt den Ausschluß von Gläubigern (ROH. 19 161, RG. 26 II 86 JW. 119[26]). Ist die Verteilung vollständig in gesetzmäßiger Weise beendet, so kann ein erst später sich meldender, bis dahin unbekannt gebliebener Gläubiger nicht mehr auf Zahlung klagen; auch in diesem Fall hat jedoch die Gesellschaft zu beweisen, daß verteilbares Vermögen nicht mehr vorhanden ist (ROH. 19 164). Dagegen Behrend § 140^IV und Staub[8]-Pinner Anm. 2, welche annehmen, daß erst für die Zwangsvollstreckung das Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen in Betracht komme; indessen wohl mit Unrecht, da sobald kein Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden, eine zu verklagende juristische Person nicht mehr besteht (§ 292 Anm. II). Unter welchen Umständen durch das Eintreten der Liquidation der Inhalt von Verbindlichkeiten eine Änderung erleidet, vgl. § 145 Anm. II c.

b. **Hinterlegung.** Nicht nur die infolge der Aufforderung (§ 297) sich meldenden, sondern auch die sich nicht meldenden bekannten Gläubiger sind zu berücksichtigen; auch an die letzeren ist die Zahlung oder sonstige Leistung zu bewirken. Nur wenn die **Berechtigung** zur Hinterlegung vorhanden, ist der geschuldete Betrag für den Gläubiger zu hinterlegen. Eine Berechtigung zur Hinterlegung ist nur vorhanden, wenn entweder der Gläubiger im Annahmeverzug ist, oder wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grund oder infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann (BGB. § 372). Zwar nennt § 301 Abs. 2 als Voraussetzung der Hinterlegung, daß es sich um einen „bekannten Gläubiger" handelt, so daß es scheinen könnte, als wenn der letzte in BGB. § 372 erwähnte Fall (Ungewißheit über die Person des Gläubigers) hier nicht in Betracht käme. Gemeint ist jedoch in § 301 Abs. 2 nicht sowohl, daß die Person des Gläubigers, als daß das Bestehen einer unstreitigen und fälligen Schuld bekannt sei (zust. Ring Nr. 3; dagegen Pinner Anm. IV 2). Dies ergibt sich aus der Vergleichung des Abs. 2 mit Abs. 3, in welchem letzteren ausdrücklich nur auf die Art der Schuld, nicht auf die Persönlichkeit des Gläubigers Gewicht gelegt ist. — Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten, welche geschuldet werden, sind unmittelbar zu hinterlegen

(BGB. § 372), andere Gegenstände zunächst gemäß BGB. §§ 383 ff zu versilbern. — Nach der Fassung des § 301 Abs. 2 („ist") könnte es scheinen, daß, wenn eine Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden, auch eine Verpflichtung hierzu bestehe (so Ring Nr. 3, Staub-Pinner Anm. 5, Mot. 1 116 z. BGB.); gemeint ist jedoch wohl nur, daß wenn nicht die Leistung bewirkt werde, hinterlegt werden müsse, daß also bei Vorhandensein der Hinterlegungsberechtigung den Liquidatoren die Wahl zwischen Leistung und Hinterlegung des Geschuldeten freisteht, und nur ein Drittes, insbesondere das Behalten in eigener Verwaltung, ausgeschlossen werden sollte.

c. **Sicherheitsleistung,** also (BGB. §§ 232 ff.) nach Wahl des Sicherheit Leistenden Hinterlegung oder Bestellung von beweglichen, unbeweglichen oder Forderungspfändern, nötigenfalls Stellung eines Bürgen, hat nach § 301 Abs. 3 vor Verteilung zu erfolgen, insoweit entweder die Berichtigung der Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder die Verbindlichkeit streitig ist. Nicht ausführbar ist z. B. die Berichtigung einer aufschiebend bedingten Verbindlichkeit während Schwebens der Bedingung, oder die Berichtigung einer betagten Verbindlichkeit, wenn ausnahmsweise (BGB. § 271 Abs. 2) der Gläubiger die Leistung nicht vor Fälligkeit anzunehmen braucht und die Annahme weigert. Das von Pinner Anm. IV 2 und Staub-Pinner Anm. 4 erwähnte Beispiel einer Schuld auf im Verkehr befindliche Inhaberpapiere gehört wohl nicht hierher, sondern fällt unter § 301 Abs. 2, da die Berichtigung der Schuld an sich ausführbar und nur die Person des Gläubigers ungewiß ist (zust. Ring Nr. 3). — Die Vorschrift des Abs. 2 unterscheidet sich von derjenigen des Abs. 3 dadurch, daß während Abs. 2 die Hinterlegung ausdrücklich gebietet, diese also auszuführen ist sobald genügende Masse zu gleichmäßiger Befriedigung aller Gläubiger vorhanden ist, der Abs. 3 an sich die Sicherheitsleistung nicht gebietet, sondern sie nur als Voraussetzung für die Verteilung von Vermögen an die Aktionäre hinstellt. Im Fall des Abs. 3 sind daher — außer soweit etwa die Voraussetzungen eines Arrests vorliegen — die Liquidatoren nicht zur Sicherheitsleistung verpflichtet; sie dürfen vielmehr den fraglichen Betrag in eigener Verwaltung behalten; nur eine Verteilung vor Sicherheitsleistung darf nicht erfolgen. — Unter „Sicherheit" ist eine solche in voller Höhe, also bei bestrittenen Forderungen in Höhe der behaupteten Forderung zu verstehen; wenn möglich, muß jede Gefährdung der Ansprüche des Gläubigers ausgeschlossen werden (LG. Hamburg 8 XI 87 ZHR. 37 547; vgl. jedoch nach früherem Recht RG. 48 35). Nicht genügt (was Pinner Anm. IV 3, Staub-Pinner Anm. 4, Ring Nr. 4 annehmen), daß die Liquidatoren nur in derjenigen Höhe Sicherheit leisten, in welcher sie den Anspruch nach pflichtmäßigem Ermessen für nicht grundlos halten. Andererseits wird kein Recht auf Sicherheitsleistung insoweit begründet, als nur aus Schikane (z. B. um durch Hinderung der Ausschüttung einen Druck behufs Erzielung eines Sondervorteils auszuüben) die Forderung oder eine zu hohe Forderung aufgestellt wird (BGB. § 226). Die hiernach erforderliche Höhe der Sicherheit ist in erster Reihe von den Liquidatoren zu ermessen (KB. 28), nötigenfalls vom Prozeßrichter — zunächst auf Antrag im Weg einstweiliger Verfügung — zu bestimmen.

d. **Nachträgliche Verwaltungsausgaben.** Weder unter § 301 Abs. 2 noch unter § 301 Abs. 3 (a. M. Rudorff zu § 302) fallen diejenigen Verbindlichkeiten, welche erst durch nach Liquidationsbeendigung vorzunehmende Verwaltungshandlungen entstehen (z. B. § 302 Abs. 1, 2: Gerichts- und Verwahrungskosten); für diese ist von den Liquidatoren ein Bauschbetrag in eigener Verwaltung zurückzubehalten.

II. **Sperrzeit.** Vgl. § 289 Anm. IVc. Die Sperrzeit ist in doppelter Weise bestimmt: sie läuft erst ab, wenn jede der zwei Voraussetzungen erfüllt ist:

a. **Zeitablauf.** Seit dem Tag, an welchem die im § 297 vorgeschriebene öffentliche Aufforderung an die Gläubiger zum drittenmal stattgefunden hat, muß ein Jahr verstrichen sein. Für die Berechnung der Frist ist maßgebend BGB. § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 (vgl. auch HGB. § 255 Anm. II, § 297 Anm. II).

b. **Berichtigung, Hinterlegung oder Sicherstellung des Geschuldeten.** Die Verteilung darf nicht erfolgen, bevor die Schulden entweder berichtigt sind (§ 300 Abs. 1) oder soweit Hinterlegung (§ 301 Abs. 2) oder Sicherstellung (§ 301 Abs. 3) stattgefunden hat.

III. **Folgen einer Verteilung vor Ablauf der Sperrzeit.** Vgl. § 289 Anm. IVd. Unter „Verteilung des Vermögens" sind in § 301 nur diejenigen Zahlungen verstanden, welche an die Aktionäre in Anrechnung auf ihren Mitgliedsanspruch auf einen Vermögensbruchteil erfolgen. Hierunter fallen daher nicht Zahlungen an Aktionäre zur Befriedigung wegen eines Gläubigeranspruchs (vgl. § 289 Anm. IVa). Dagegen erscheint, weil eine Umgehung des Verteilungsverbots enthaltend unzulässig eine Beleihung der Anteilrechte seitens der Gesellschaft vor Ablauf der Sperrzeit (Ring Nr. 6, Staub[8]-Pinner Anm. 12). Verbotene Zahlungen können unter Umständen strafbar nach § 312 sein; die Zahlung kann das Entstehen von Ersatzansprüchen der Gesellschaft und der Gesellschaftsgläubiger gegen Liquidatoren (§ 241 Anm. IIIc 5, § 298 Anm. I 1, ROH. 19 162, RG. 7 110) und Aufsichtsratsmitglieder (§ 249, § 294 Anm. IIc 2) bewirken. Sie bewirkt ferner das Entstehen von Ansprüchen etwa vorhandener Gesellschaftsgläubiger gegen die Aktionäre, welche die Zahlung empfangen, selbst wenn diese Aktionäre gutgläubig sind (§ 217 Anm. Id 2). Die verbotene Verteilung ist zwar nicht nichtig (Staub[8]-Pinner Anm. 10, Ring Nr. 6), aber doch unwirksam gegenüber etwaigen nicht durch Befriedigung oder gemäß § 301 Abs 2 oder 3 berücksichtigten Gesellschaftsgläubigern (BGB. § 135). — Über die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen bei Bevorstehen gesetzwidriger Verteilungen vgl. § 289 Anm. IVd.

§ 302.

Beendigte Liquidation.

Ist die Liquidation beendigt und die Schlußrechnung gelegt, so haben die Liquidatoren das Erlöschen der Gesellschaftsfirma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Bücher und Papiere der Gesellschaft sind an einem von dem Gerichte des Sitzes der Gesellschaft zu bestimmenden sicheren Orte zur Aufbewahrung auf die Dauer von zehn Jahren zu hinterlegen.

Die Aktionäre und die Gläubiger können zur Einsicht der Bücher und Papiere von dem Gericht ermächtigt werden.

Stellt sich nachträglich noch weiteres der Vertheilung unterliegendes Vermögen heraus, so hat auf Antrag eines Betheiligten das Gericht des Sitzes der Gesellschaft die bisherigen Liquidatoren erneut zu bestellen oder andere Liquidatoren zu berufen.

ADH. Art. 245 Abs. 4, 246. **Entw. I** § 275. **Entw. II** § 293.

I. **Beendigung der Liquidation.** Vgl. § 156 Anm. IV. Nicht schon mit der Auflösung als solcher (§ 292 Anm. II), sondern erst mit der Beendigung der Liquidation erlischt die juristische Persönlichkeit der Aktiengesellschaft („Aufhören", „Vollbeendigung", RG. 20 III 00 JW. 413[9]). Die Liquidation ist beendigt erst, wenn alle Bestandteile des Gesellschaftsvermögens verwertet sind (RG. 15 103). Die Schulden müssen — soweit der Bestand reicht — berichtigt, oder es muß für sie unter Ausschluß der Rücknahme (BGB. § 378) hinterlegt sein (§ 301 Abs. 2); hat nur Sicherstellung (§ 301 Abs. 3) stattgefunden, so ist die Liquidation noch nicht beendet, da dann über die zwecks Sicherung verpfändeten Vermögensgegenstände noch nicht endgültig verfügt ist. Die Verteilung des Überschusses an die Aktionäre muß gleichfalls beendet sein, entweder durch Bewirken der Leistung oder durch Hinterlegung unter Ausschluß der Rücknahme (§ 300 Anm. IIc). — Stellt sich nachträglich noch weiteres der Verteilung unterliegendes Vermögen heraus, so wird hierdurch festgestellt, daß die frühere Annahme, die Liquidation sei beendet gewesen, eine irrtümliche war; das Verhältnis ist nicht etwa dahin aufzufassen, daß dann eine ganz neue Liquidation beginnt. Entscheidend dafür, daß eine Beendigung noch

nicht stattgefunden hat, ist die Tatsache des Vorhandenseins von Gesellschaftsvermögen; selbst trotz etwaigen Beendigungsbeschlusses der Generalversammlung oder Eintragung der Beendigung im Handelsregister (RG. 41 96).

II. **Legen der Schlußrechnung.**

a. **Schlußrechnung.** Abweichend von dem Fall der offenen Handelsgesellschaft (§§ 154, 155 Abs. 1; weil dort noch Verrechnung unter den Gesellschaftern folgen kann) ist für die Aktiengesellschaft nicht eine „Schlußbilanz", sondern eine „Schlußrechnung" vorgeschrieben. Die Schlußrechnung ist keine Bilanz (Simon § 121, Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 2, Staub[8]-Pinner Anm. 1; dagegen früher Pinner Anm. II); darunter ist vielmehr wohl die Gewinn- und Verlustrechnung für die Zeit seit der zuletzt gelegten Gewinn- und Verlustrechnung (§ 294 Anm. IIc 4) bis zur Liquidationsbeendigung einschließlich der bereits vorher (vgl. § 302 Abs. 1) zu bewirkenden Verteilung zu verstehen. — Die Vorlegung einer besonderen Bilanz neben der Schlußrechnung ist wohl darum nicht für erforderlich erachtet, weil sie — nach erfolgter Verteilung — auf der Aktivseite nur noch einen mit Null auszuwerfenden Posten für unverwertbare Aktiva, allenfalls außerdem noch einen zurückbehaltenen Barbetrag für künftige Auslagen, und auf der Passivseite entweder keinen Posten oder nur einen Posten „Verlorener Teil des Grundvermögens" aufweisen könnte (vgl. Simon § 121).

b. **Wem zu legen?** Nicht dem einzelnen Aktionär, sondern der Generalversammlung ist die Rechnung (oben Anm. IIa) zu legen (§ 260 Abs. 2, § 294 Anm. IIc 4, Bolze 1 Nr. 1190; vgl. RG. 34 57). Die Generalversammlung kann in weiterem Umfang, als es während bestehender Gesellschaft zulässig (§ 231 Anm. IIb), Aufklärung über Einzelheiten verlangen, da geschäftliche Rücksichten, aus denen eine Geheimhaltung erforderlich wäre, jetzt nicht mehr bestehen (Simon § 121). Nimmt man an, daß die Schlußrechnung eine Gewinn- und Verlustrechnung ist, so folgt ferner, daß die Generalversammlung die Schlußrechnung nicht zu genehmigen, sondern nur von ihr Kenntnis zu nehmen hat (§ 260 Anm. Vb; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 6). Das Recht auf Entgegennahme der Schlußrechnung kann nach allgemeiner Regel (§ 250 Anm. IVb 1) nicht durch Satzungsbestimmung von der Generalversammlung auf den Aufsichtsrat übertragen werden (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 1, Ring Nr. 1; dagegen Marcus in HoldheimsMSchr. 02 124).

c. **Entlastung.** Aus § 260 Abs. 1, § 299 Abs. 2 ist abzuleiten (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 4), daß die Generalversammlung über die Entlastung der Liquidatoren auch für die Zeit, über welche die Schlußrechnung gelegt ist, zu beschließen hat (im Ergebnis ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 4). Über das Sonderrecht auf Nichtentlastung vor Rechnungslegung vgl. § 250 Anm. IIIc 11.

III. **Anmeldung des Erlöschens der Gesellschaftsfirma.**

a. **Erlöschen der Firma.** Vgl. § 157 Anm. IIa. Aus § 302 Abs. 1 ist zu entnehmen, daß mit der Liquidationsbeendigung (oben Anm. I) das Erlöschen der Firma ohne weiteres eintritt (§ 31 Anm. III). Sie erlischt auch mit der Eintragung eines Beschlusses über Veräußerung des Vermögens im ganzen ohne Liquidation (§ 304 Abs. 5, § 306 Abs. 1; vgl. § 308). Bei der AG. ist jedoch nicht minder als bei der offenen Handelsgesellschaft (§ 157 Anm. IIa) eine Veräußerung des Geschäfts mit Firma zulässig; in diesem Fall tritt kein Erlöschen der veräußerten Firma ein. — Über die von Auflösung bis zur Liquidationsbeendigung zu führende Liquidationsfirma vgl. § 298 Anm. IId.

b. **Anmeldung.** Vgl. § 157 Anm. IIb. Anmeldepflichtig sind die Liquidatoren; doch genügt ein Mitwirken derjenigen, deren Mitwirken auch für sonstige Vertretungshandlungen genügt (§ 234 Anm. Ic; dagegen Rudorff). Die Anmeldung ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§ 14); nötigenfalls ist das Erlöschen von Amts wegen einzutragen (§ 31 Abs. 2). Anzumelden ist nach § 302 Abs. 1 das „Erlöschen der Firma", nicht die „Beendigung der Liquidation". So auch, wenn die ursprüngliche Firma veräußert ist und daher nicht erlischt (zust. Ring Nr. 2, Staub GmbHG. § 74 Anm. 17, Staub[8]-Pinner Anm. 6); in diesem Fall erlischt die seit Veräußerung der ursprünglichen Firma geführte sonstige Firma (§ 157 Anm. IIa). Bezüglich der Prüfungsbefugnis des Registerrichters gelten die allgemeinen Regeln (§ 12 Anm. VI); der Registerrichter hat mithin in der Regel die Richtigkeit der angemeldeten Tatsache nicht nachzuprüfen. Demgemäß kann er — mangels be-

sonderer Vorschriften — auch nicht fordern, daß der Anmeldung bestimmte Urkunden beigefügt werden (a. M. Pinner Anm. III, Staub[8]-Pinner Anm. 6, welche die Beifügung der genehmigten Schlußrechnung verlangen; dahingestellt KG. 16 V 04 EntschFG. 4 212 KGJ. 28 A 53). Auch nicht, daß ihm der Ablauf des Sperrjahrs nachgewiesen werde (zust. KG. 16 V 04 EntschFG. 4 212 KGJ. 28 A 53, Goldmann Nr. 3; dagegen Pinner und Staub[8]-Pinner a. a. O.; abw. auch Ring Nr. 2); letzteres um so weniger, da z. B. bei Nichtvorhandensein verteilbaren Vermögens die Liquidation sehr wohl vor Ablauf der Sperrzeit beendet sein kann, und die Sperrzeit nicht die Beendigung, sondern nur die Verteilung hindern soll (vgl. entsprechend § 289 Anm. IV d), und da es willkürlich wäre, zwar den Nachweis der einen (§ 301 Anm. II a), nicht aber auch den der zweiten (§ 301 Anm. II b) Voraussetzung des Ablaufs der Sperrzeit zu fordern.

c. **Eintragung.** Die Eintragung und Bekanntmachung (§ 10, D. 164) hat nur erklärende Wirkung (§ 15 Anm. II a, RG. 41 96).

IV. **Aufbewahrung der Bücher und Papiere.**

a. **Bücher und Papiere.** Das Wort „Bücher" ist oft gleichbedeutend mit „Handelsbücher" gebraucht (vgl. § 38 Abs. 1, § 43 Abs. 2, § 46 Satz 2); nicht aus dem Gebrauch des Worts „Bücher" (worauf Staub[8]-Pinner Anm. 9 und Pinner Anm. V Gewicht legen) ist mithin abzuleiten, daß auch auf diejenigen Bücher, welche nicht Handelsbücher sind, der § 302 Abs. 2 u. 3 sich bezieht. Dies folgt indessen schon daraus, daß dergleichen Bücher doch jedenfalls unter den Begriff „Papiere" fallen. Über die in Betracht kommenden Arten von Büchern und Papieren vgl. § 45 Anm. I, § 222 Anm. II c. — Der § 302 Abs. 2 und 3 bezieht sich nur auf diejenigen Bücher und Papiere, welche bei Beendigung der Liquidation sich in Verwahrung eines Liquidators oder eines Dritten für die Gesellschaft befinden (RG. 43 134); eine Hinterlegung hat mithin nicht stattzufinden z. B. bezüglich derjenigen Bücher und Papiere, welche mit dem Handelsgeschäft veräußert sind (§ 22 Anm. III c).

b. **Anordnung des Gerichts.** Das Verfahren ist geregelt durch FGG. §§ 145, 146. Der Antrag ist durch die Liquidatoren in zur Vertretung berechtigender Zusammensetzung (§ 234 Anm. I c) zu stellen. Sie können hierzu durch Ordnungsstrafen angehalten werden (§ 319 Abs. 1), sind auch bei Unterlassung schadensersatzpflichtig (§ 241 Abs. 2, § 298 Anm. I l).

c. **Hinterlegung an sicherem Ort.** Aus den hinzugefügten Worten „an sicherem Ort" folgt, daß nicht ein Hinterlegen im Sinn des BGB. §§ 272 ff. (bei Hinterlegungsstelle), sondern im Sinn des BGB. §§ 688 ff. (Verwahrungsvertrag) gemeint ist. Das Gericht kann daher auch Niederlegung bei einem Speditör oder bei einem der Liquidatoren anordnen, wenn der betreffende Ort ihm genügend sicher erscheint. Die etwaigen Kosten der Aufbewahrung (BGB. §§ 689, 699) gehen zu Lasten der Gesellschaft (P. 367); die Liquidatoren haben bei Verteilung einen entsprechenden Betrag zurückzubehalten (§ 301 Anm. I d).

d. **Dauer der Aufbewahrung.** Zweifelhaft ist, wann die zehnjährige Aufbewahrungsfrist beginnt. Der Wortlaut des § 302 Abs. 2 würde dahin deuten, daß die Dauer der Hinterlegung zehn Jahre betragen solle, die Frist also erst mit der Hinterlegung beginne. So in der Tat Ring Nr. 3 und ihm folgend Goldmann Nr. 4, Staub[8]-Pinner Anm. 9. Staub[7] Anm. 9 nahm an, daß die Frist mit der Beendigung der Liquidation zu laufen beginne; indessen ist dies aus dem Wortlaut des § 302 nicht zu entnehmen und würde, da der Zeitpunkt der Beendigung schwer feststellbar, unzweckmäßig sein. Man könnte auch aus dem Zusammenhang des § 302 Abs. 2 mit Abs. 1 ableiten wollen, daß die Frist mit der Eintragung des Erlöschens der Firma beginne. Da indessen nach keiner dieser Richtungen der § 302 Abs. 2 eine klare Entscheidung trifft, so wird der Ansicht der Vorzug zu geben sein, daß der § 302 Abs. 2 lediglich auf die allgemeine Aufbewahrungsfrist des § 44 verweisen wollte, daß mithin die Frist mit dem Tag der letzten Eintragung in die Bücher beginnt.

V. **Einsicht der Bücher und Papiere.**

a. **Aktionäre und Gläubiger** können zur Einsicht ermächtigt werden. „Aktionär" (§ 211 Anm. I a, § 254 Anm. I a) ist nach stets festgehaltenem Sprachgebrauch nur der jedesmalige Anteilberechtigte (vgl. § 218 Anm. V a, und für die Zeit nach Auflösung z. B.

§ 295 Abs. 2, § 300). Personen, die früher Anteilberechtigte waren, können daher als solche nicht die Einsichtnahme beanspruchen (Staub[7] Anm. 11, Esser Anm. 3; dagegen Pinner Anm. V, Behrend § 140 Anm. 48, Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 7, Staub GmbHG. § 74 Anm. 8, Staub[8]-Pinner Anm. 11). Hierdurch ist ein etwa nach allgemeinen Grundsätzen (§ 45 Anm. III) bestehendes Einsichtsrecht früherer Anteilberechtigter nicht ausgeschlossen, doch ist hierfür nicht das Verfahren des FGG. (unten zu b) gegeben. „Gläubiger" sind auch diejenigen jetzigen oder früheren Anteilberechtigten, welche Gläubigerrechte (§ 250 Anm. III) erworben haben.

b. **Ermächtigung des Gerichts.** Über das Verfahren bestimmt FGG. §§ 145, 146. „Kann" vgl. § 140 Anm. II b; das Gericht hat zu prüfen, ob ein berechtigtes Interesse des Antragstellers glaubhaft gemacht ist; das Einsichtsrecht soll nicht zu dem Zweck mißbraucht werden, die Vermögensinteressen Dritter, die mit der AG. in Geschäftsverbindung standen, ohne Not bloßzustellen (M. 244). Die Feststellung, daß ein genügendes rechtliches Interesse des Antragstellers nicht glaubhaft gemacht sei, ist tatsächlicher Art (KGJ. 3 90); eine auf jene Feststellung gegründete Abweisung des Antrags trotz sofortiger Beschwerde (FGG. § 146 Abs. 2) ist daher nicht angreifbar durch weitere Beschwerde (FGG. § 27). Bezüglich des Orts, der Gefahr und der Kosten der Vorlegung zur Einsichtnahme ist BGB. § 811 entsprechend anwendbar. Auf Grund der Ermächtigung kann der Ermächtigte bei Weigerung des Verwahrers gegen diesen auf Gestattung der Einsicht klagen oder eine einstweilige Verfügung beantragen. Staub[8]-Pinner Anm. 14, Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 8 nehmen an, daß in Preußen daneben auch nach Art. 17 Pr. FGG. durch besondere Verfügung des Amtsgerichts, in der Regel nach vorheriger Androhung, die unmittelbare Vollstreckung gestattet werden kann. Dem ist jedoch nicht beizustimmen (§ 319 Anm. IV).

c. **Einsichtnahme.** Aus dem Recht der Einsicht folgt die Berechtigung zu eigenen schriftlichen Aufzeichnungen des Inhalts (KGJ. 7 100) und eigener Entnahme vollständiger Abschriften. Über die Zulassung von Vertretern bei Einsicht vgl. § 118 Anm. II c 3.

VI. **Liquidationserneuerung.** Der § 302 Abs. 4 ist vom Reichstag bei der zweiten Lesung angenommen; der Regierungsvertreter bemerkte, daß aus der Geltung für die AG. nichts geschlossen werden dürfe für die Behandlung ähnlicher Verhältnisse nach Abschluß der Liquidation bei einer oHG., einer KG., oder einer GmbH. (StenB. 101).

a. **Nachträgliches Sichherausstellen weiteren der Verteilung unterliegenden Vermögens.**

1. Sichherausstellen. Dies ist sowohl denkbar in der Weise, daß unbekannt gebliebene Vermögensstücke nachträglich ermittelt werden, wie auch in der Weise, daß für wertlos gehaltene Vermögensstücke nachträglich Wert erhalten.

2. Vermögen. Alle Arten von Vermögensgegenständen können in Betracht kommen, auch Rückgriffansprüche gegen Aktionäre, an die zu Unrecht verteilt ist, oder gegen Gesellschaftsbeamte; besonders häufig wird es sich um bedingte, für wertlos gehaltene Forderungen handeln. Bei den für wertlos gehaltenen Vermögensstücken wird nicht schon durch den Nachweis, daß dieses Vermögensstück (z. B. ein Forderungsrecht) an sich vorhanden, sondern erst durch den Nachweis, daß es inzwischen wertvoll geworden, die Voraussetzung dargetan, daß verteilbares Vermögen sich herausgestellt habe. So genügt z. B. bei den unter Ausschluß der Rücknahme hinterlegten Beträgen (§ 300 Anm. II c, § 301 Anm. I b) nicht der Umstand, daß trotzdem ein bedingtes Rückforderungsrecht verbleibt (BGB. § 382), zum Nachweis des Vorhandenseins von Vermögen. Dagegen genügt der Nachweis, daß die dreißigjährige Frist des BGB. § 382 abgelaufen ist, ohne daß der Gläubiger sich gemeldet hat, wenngleich die Gesellschaft dann erst noch zu erwägen hat, ob sie das Rückforderungsrecht ausüben will, und von Dritten nicht hierzu gezwungen werden kann (BGB. § 377). — In nachträglicher Ermittelung einer Gesellschaftsschuld liegt keine Ermittelung von Vermögen der Gesellschaft (Staub[8]-Pinner Anm. 16).

3. „Der Verteilung unterliegend" ist hier nur im Sinn von „verwertbar" gebraucht; die Bestimmung des § 302 Abs. 4 findet Anwendung sowohl wenn eine „Verteilung" (an die Aktionäre) darum ausgeschlossen ist, weil vorweg ein Gläubiger zu befriedigen ist (Staub[8]-Pinner Anm. 16), wie auch, wenn nach der Satzung überhaupt keine Verteilung

zu geschehen hat. Durch jene Worte sollte wohl nur ausgeschlossen werden, daß — solange nachträgliche Verwaltungsausgaben noch entstehen können — es zulässig sei, den Antrag des § 302 Abs. 4 nur auf das Vorhandensein derjenigen Beträge zu stützen, welche von den Liquidatoren absichtlich zur Deckung der notwendigen nachträglichen Verwaltungsausgaben (§ 301 Anm. I d) zurückbehalten worden sind.

b. **Eröffnungsverfahren.**

1. Antrag eines Beteiligten. Beteiligter kann ein Gläubiger oder ein Aktionär sein (Staub[8]-Pinner Anm. 17); das Wort ist also hier in anderem Sinn gebraucht als in §§ 146 ff. (§ 146 Anm. III b). Aber z. B. auch ein früherer Liquidator oder ein Übernehmer des Gesellschaftsvermögens im ganzen ohne Liquidationsausschluß.
2. Gerichtliches Verfahren. Maßgebend ist FGG. §§ 145, 146. Das Gericht kann die bisherigen oder andere Personen zu Liquidatoren ernennen. Fallen sie demnächst fort, so hat das Gericht auch die Ersatzmänner zu ernennen.
3. Eintragung. Der § 296 Abs. 3 ist dahin auszulegen, daß auch bei Liquidationserneuerung die gerichtliche Ernennung von Liquidatoren von Amts wegen einzutragen ist. Eine Vorschrift, daß außerdem die „Erneuerung der Liquidation" einzutragen (hierfür StenB. 101, Staub[8]-Pinner Anm. 20, ähnlich Goldmann Nr. 10), besteht nicht, eine solche Eintragung wäre nicht gerechtfertigt (zust. Ring Nr. 5), da auch nicht die „Beendigung der Liquidation" einzutragen ist (§ 302 Anm. III b). Höchstens kommt in Frage, ob die Eintragung des Erlöschens der Firma rückgängig zu machen und ob dies von Amts wegen zu bewirken oder die Anmeldung durch die Liquidatoren abzuwarten ist. Eine Vorschrift hierüber fehlt; insbesondere ist nicht der Fall des FGG. § 142 gegeben, da zur Zeit der Firmenlöschung deren wesentliche Voraussetzung, die Wertlosigkeit aller bekannten unverteilten Vermögensgegenstände, vorlag. Man wird indessen wohl anzunehmen haben, daß von Amts wegen die Wiedereintragung der Firma zu bewirken ist, als selbstverständliche Folge der Neuernennung der Liquidatoren. Die Firma ist keine „neue" im Sinn des § 30; andererseits kann die Neueintragung auch nicht zur Beeinträchtigung der in der Zwischenzeit erworbenen Firmenrechte anderer führen.

c. **Führung und Beendigung.** Die Liquidationserneuerung bewirkt nicht das Inslebentreten einer neuen juristischen Person oder neuer Rechtsverhältnisse; vielmehr bewirkt die Ernennung neuer Liquidatoren nur die Wiederherstellung der Vertretungsbehörde, die für das Handeln der erloschen geglaubten, aber in Wahrheit nie erloschen gewesenen ursprünglichen juristischen Person erforderlich ist (RG. **41** 96; vgl. § 293 Anm. II). Die erneuerte Liquidation ist daher nichts als eine Fortsetzung der früheren Liquidation (dagegen StenB. 101) von dem Punkt ab, bei welchem die früheren Liquidatoren ihre Tätigkeit eingestellt haben. Alle die Liquidation betreffenden Vorschriften sind daher auch auf die erneuerte Liquidation anwendbar. Jedoch so, daß, was während Liquidation nur einmal zu geschehen braucht und bereits früher erfolgt ist (z. B. die drei Aufforderungen und das Abwarten eines Jahrs vor Verteilung), nicht nochmals geschehen muß. Aus diesem Grund sind auch die neuen Liquidatoren gesetzlich nicht verpflichtet, eine Liquidationseröffnungsbilanz aufzustellen (zust. Ring Nr. 5, Staub[8]-Pinner Anm. 21; dagegen Staub[7] Anm. 21, Goldmann Nr. 10), wenngleich dies zweckmäßig sein wird; die Pflicht zur Aufstellung von Jahresbilanzen bleibt auch für sie bestehen, wobei die während der früheren Liquidation beobachteten Abrechnungsjahre bis zu etwaiger Abänderung beizubehalten sind. Aus gleichem Grund tritt der frühere Aufsichtsrat wieder in Tätigkeit (Ring Nr. 5; dagegen Goldmann Nr. 10, Staub[8]-Pinner Anm. 21). Die Stellen der inzwischen ausgeschiedenen Mitglieder sind durch Neuwahl zu ergänzen. Die Liquidation muß dann nochmals unter Beobachtung der Vorschriften des § 302 Abs. 1—3 beendet werden (Staub[8]-Pinner Anm. 23).

III. Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen (§§ 303—306).

§ 303.

Allgemeine Regeln.

Eine Verwerthung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im Ganzen ist nur auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung zulässig. Der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

Der Beschluß hat die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, sofern diese nicht bereits aufgelöst war.

Die Vorschriften der §§ 294 bis 302 kommen mit der Maßgabe zur Anwendung, daß die Liquidatoren zu denjenigen Geschäften und Rechtshandlungen befugt sind, welche die Ausführung der beschlossenen Maßregel mit sich bringt. Die Ausantwortung des Vermögens an den Uebernehmer darf nur unter Beobachtung der für die Vertheilung unter die Aktionäre nach den §§ 297, 301 geltenden Vorschriften stattfinden.

ADH. — (vgl. Art. 215 Abs. 4). **Entw. I** § 276. **Entw. II** § 294.

I. **Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im ganzen.**

a. „**Verwertung** durch Veräußerung." Diese Worte stehen, soweit erkennbar, an Stelle von „Veräußerung". Die Erwähnung der „Verwertung" hat wohl keine besondere Bedeutung, zumal der in § 303 Abs. 1 erwähnte Beschluß auch vor Auflösung gefaßt werden kann (§ 303 Abs. 2). Das Wort „Verwertung" kehrt denn auch in den folgenden Paragraphen nicht wieder.

b. „**Veräußerung**". Dies Wort ist gleichbedeutend mit „Übertragung" (vgl. z. B. BGB. § 925, ferner D. 165: „Übertragung", HGB. § 305 Abs. 1: „übertragen", § 305 Abs. 2: „Vermögensübertragung", § 308: „Übergang ihres Vermögens"), es bezeichnet nur die Einigung über den Übergang des Rechts (Eigentum, Forderung usw.) auf den Erwerber ohne Rücksicht auf das zu grund liegende Rechtsverhältnis; es enthält in § 303 Abs. 1 nicht etwa eine Beschränkung auf ein kaufähnliches Geschäft. In letzterer beschränkteren Bedeutung wird allerdings dasselbe Wort an anderen Stellen gebraucht (vgl. § 124 Anm. II b 2). So z. B. in § 307 Abs. 1; denn da eine Umwandlung einer AG. in eine andere Gesellschaft nie anders als durch Auflösung der ersteren stattfinden kann (§ 292 Anm. I e 2) und von einer „Umwandlung" unter diesen Umständen nicht wohl die Rede sein kann, wenn nicht wenigstens das Gesellschaftsvermögen als Ganzes übergeht, so ist auch die Auflösung „zwecks Umwandlung" nur ein Unterfall einer bezweckten Veräußerung im Sinn des **§ 303**, während doch in **§ 307** Veräußerungszweck und Umwandlungszweck als etwas Verschiedenes nebeneinandergestellt sind, in § 307 mithin „Veräußerung" in beschränkterer Bedeutung gebraucht sein muß als in § 303. — Unter „Veräußerung" ist nur eine Übertragung zu Eigenbesitz, nicht auch eine Übertragung zu Fremdbesitz (z. B. zu Pacht) verstanden (Pinner Anm. II 2); über letzteren Fall vgl. § 275 Anm. II b. — Über Beteiligung einer anderen Gesellschaft nur am Ertrag, ohne Veräußerung des Gesellschaftsvermögens (Interessengemeinschaft) vgl. § 213 Anm. II d.

c. **Im ganzen.** Es muß daran festgehalten werden, daß § 303 nur den Fall betrifft, in welchem das ganze Vermögen ohne Ausnahme übertragen werden soll (dagegen Staub-

Pinner Anm. 2); denn sonst wären die auf § 303 Bezug nehmenden Vorschriften der §§ 304, 306 nicht erklärlich, da noch unverteilte Vermögensstücke der aufgelösten Gesellschaft zurückbleiben würden. Eine hiervon verschiedene Frage ist, ob § 303 entsprechend auch auf andere Fälle anwendbar ist, in denen bei Übertragung des ganzen Vermögens bestimmte einzelne Vermögensstücke (z. B. einzelne Forderungen) ausgenommen werden. Eine entsprechende Anwendung des § 303 (und des § 305) auf solche Fälle ist zu bejahen (vgl. jedoch § 298 Anm. IIb), nicht aber auch eine entsprechende Anwendung der §§ 304, 306. — Sollen nur einzelne Vermögensbestandteile (z. B. das Handelsgeschäft) in Bausch und Bogen übertragen werden, so ist § 303 auch nicht entsprechend anwendbar; doch bedarf es eines Generalversammlungsbeschlusses, wenn während Liquidation Forderungen mitübertragen werden sollen (§ 298 Anm. IIb).

II. **Nur zulässig auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung.** Der Beschluß ist zulässig sowohl vor wie nach Auflösung der Gesellschaft (§ 303 Abs. 2).

a. **Beziehung des Beschlusses zur Übertragung.**

1. Die näheren Vertragsbedingungen müssen feststehen. Nach dem Wortlaut des § 303 Abs. 1 könnte es scheinen, als ob ein Beschluß des Inhalts genüge: „Der Vorstand wird ermächtigt, das Gesellschaftsvermögen im ganzen zu übertragen.“ Dies ist jedoch nicht gemeint (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 8, Ring Nr. 3), wie schon daraus hervorgeht, daß kein Grund vorläge, die Gesellschaft als durch einen derartigen Beschluß sofort aufgelöst zu erachten (§ 303 Abs. 2), auch in Fällen, in denen z. B. noch gar kein Übernehmungslustiger vorhanden wäre. Aus § 304 Abs. 2 („auch . . . solche Vereinbarung“) und noch klarer aus § 305 Abs. 2 („der von der Generalversammlung . . . genehmigte Vertrag über die Vermögensübertragung“) geht denn auch hervor, daß der Gesetzgeber nicht eine derartige einseitige Ermächtigung, vielmehr die Zustimmung zu einem in seinen Einzelheiten bereits feststehenden Vertrag im Auge hatte.
2. Übertragungsvertrag. Nicht gemeint ist, worauf gleichfalls der Wortlaut des § 303 Abs. 1 deuten könnte, daß die Übertragung selbst durch einen Generalversammlungsbeschluß bedingt sei. Der § 303 Abs. 1, 2 behandelt überhaupt nicht die Übertragung, sondern den der Übertragung zu grund liegenden Vertrag (bzw. Einlegungsversprechen; § 305 Anm. Ib), durch den die Gesellschaft sich zur Übertragung verpflichtet (vgl. BGB. § 311). Richtig daher § 305 Abs. 2: „Vertrag über die Vermögensübertragung“, § 304 Abs. 3: „Vertrag.“ Ein Beschluß des in § 303 behandelten Inhalts — abweichend von den in §§ 304 und 306 behandelten Beschlüssen — bewirkt keinen Gesamtübergang des Vermögens (RG. 17 XI 05 JW. 06 46[60]), ist vielmehr nur die Grundlage für einzelne Übertragungshandlungen bezüglich der einzelnen Vermögensbestandteile; für diese einzelnen Übertragungshandlungen aber sind keine besonderen Generalversammlungsbeschlüsse erforderlich.
3. „Auf Grund.“ Im Zusammenhang mit dem zu 2 Erörterten steht, daß auch die Worte „auf Grund“ nicht glücklich gewählt sind. Sollen sie, wie es nach dem Wortlaut des § 303 Abs. 1 anzunehmen, besagen, daß der Beschluß vor der Übertragung liegen muß, so wäre dies zwar richtig, wenn man unter „Übertragung“ die einzelnen Übertragungshandlungen verstehen wollte, die aber § 303 Abs. 1 nicht behandelt, sondern § 303 Abs. 3 als „Ausantwortung“ zusammenfaßt; gegenstandslos dagegen, wenn man unter „Übertragung“ einen Gesamtübergang versteht, denn — abgesehen von den Ausnahmefällen der §§ 304, 306 — ist ein Gesamtübergang gesetzlich unmöglich. Aber auch auf eine bestimmte Reihenfolge zwischen Beschluß und Übertragungsvertrag können die Worte „auf Grund“ nicht deuten sollen (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 8, Ring Nr. 3). Denn wenn hiernach § 303 Abs. 1 vorschreiben würde, daß zuerst die Generalversammlung beschließen und später der Vorstand bzw. die Liquidatoren mit dem Dritten den Vertrag schließen sollen, so würde aus § 305 Abs. 2 („genehmigte“, BGB. § 184) gerade die umgekehrte Reihenfolge als vorausgesetzt zu entnehmen sein, während endlich § 304 Abs. 2 („Zustimmung“, BGB. § 182) mit Recht (§ 250 Anm. IVc 2) beide Möglichkeiten offen läßt. Hat die Generalversammlung nur eine Ermächtigung des Vorstands zum Vertrags-

abschluß ausgesprochen, so kommt der Veräußerungsvertrag erst durch den darauf folgenden Vertragsabschluß zwischen Vertragsgegner und Vorstand zu stand (RG. 17 XI 05 JW. 06 46[60]; vgl. § 250 Anm. IVc 2).

Hiernach ist § 303 Abs. 1 Satz 1 dahin auszulegen: „Ein Vertrag, durch welchen die Gesellschaft sich zur Übertragung ihres Vermögens im Ganzen verpflichtet, bedarf der Zustimmung der Generalversammlung."

b. **Inhalt des Beschlusses** ist die Zustimmungserklärung der Gesellschaft zu dem Vertragsentwurf.

1. Allgemeines. Der Vertrag wird in der Regel auch die Gegenleistung des Übernehmers festsetzen; hierbei kann sowohl bedungen werden, daß der Übernehmer unmittelbar an Gläubiger (vgl. BGB. § 419) oder Aktionäre leiste, wie auch, daß er an die Gesellschaft zu leisten habe (vgl. RG. 41 86); in ersterem Fall liegt ein Vertrag über Leistung an Dritte (BGB. §§ 328ff.; vgl. auch HGB. § 235 Anm. IIIc 2) vor (Staub[8]-Pinner Anm. 3). Der Beschluß ist kein Satzungsänderungsbeschluß, ist daher mit Recht nicht mehr (wie im früheren Art. 215 ADH. geschehen war) mit Satzungsänderungsbeschlüssen zusammengestellt (D. 154). Er ist nach allgemeiner Regel unzulässig, soweit sein Inhalt, insbesondere Einzelbestimmungen des Übertragungsvertrags, das Gesetz oder die Satzung verletzen, z. B. insoweit Sonderrechte entgegenstehen oder (§ 274 Anm. Ic 2, § 292 Anm. Ib 4; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 9, Ring Nr. 4) durch Satzungsbestimmung derartige Beschlüsse für unzulässig erklärt sind.

2. Aufschiebende Bedingung und Betagung. Zulässig ist, den Zustimmungsbeschluß nur als aufschiebend bedingten oder betagten zu fassen, z. B. als betagt durch die Eintragung des gleichzeitigen Liquidationsausschließungsbeschlusses (vgl. § 304 Anm. II), oder durch die Eintragung des Grundkapitalerhöhungs-Beschlusses der Übernehmerin (§ 305 Anm. II) oder — sei es gleichzeitig mit einem unbedingten Auflösungsbeschluß, sei es nach erfolgter Auflösung — betagt bzw. bedingt durch den Ablauf der an jene Auflösung anknüpfenden Sperrzeit. Auf letztere Weise läßt sich die Schwierigkeit umgehen, daß die unmittelbare Haftung des Übernehmers gegenüber den Gesellschaftsgläubigern unter Umständen früher beginnt als die Zulässigkeit einer Übertragung des Vermögens (unten Anm. IVb).

3. Auflösende Bedingung. Unzulässig ist auch nicht die Hinzufügung einer auflösenden Bedingung, z. B. (§ 305 Anm. IIIa) der Bedingung, daß der Übertragungsvertrag unwirksam werden solle, wenn der Erhöhungsbeschluß der übernehmenden Gesellschaft nicht binnen bestimmter Frist eingetragen werde. Nur ist zu beachten, daß die einmal erfolgte Auflösung der Übertragerin nicht bereits durch Eintreten der auflösenden Bedingung, sondern nur gemäß § 307 durch einen sich anschließenden Generalversammlungsbeschluß wieder beseitigt werden kann.

c. **Erfordernisse der Beschlußfassung.** Vgl. § 275 Anm. IIc. Der Beschluß als solcher bedarf keiner Anmeldung zum Handelsregister (vgl. jedoch unten Anm. IIIa).

III. **Wirkung des Beschlusses.**

a. **Auflösung der Gesellschaft.** War zur Zeit des Beschlusses die Gesellschaft noch nicht aufgelöst, so bewirkt der Beschluß die Auflösung (§ 303 Abs. 2) und in der Regel (unten Anm. IIIb) den Eintritt der Liquidation (§ 303 Abs. 3, § 294 Abs. 1). Die Auflösung ist anzumelden (§ 293, D. 165). — Die Worte „hat zur Folge" sind in obigem Sinn zu verstehen (D. 165 „von Rechts wegen"); nicht etwa tritt — wenngleich eine dahingehende Regelung wohl zweckmäßiger gewesen wäre — die Auflösung erst mit dem Bindendwerden des Übertragungsvertrags ein, selbst wenn (§ 250 Anm. IVc 2, § 303 Anm. IIa 3) im Einzelfall dieser Zeitpunkt später liegt als der Beschluß. Auflösung ist aber auch hier nicht gänzliches Aufhören (§ 292 Anm. II); ein solches tritt nur in den Fällen der §§ 304, 306 ein, es ist keine Folge der Zustimmung zum Übertragungsvertrag, sondern der Zustimmung zum Liquidationsausschluß. Auch nach Fassung des Übertragungsbeschlusses und an sich selbst nach Ausantwortung des bisherigen Vermögens bleibt die getrennte Persönlichkeit der übertragenden Gesellschaft bestehen, bis die Liquidation beendet ist. Zwar kann, weil der Liquidationszweck fremd, eine Fortdauer der Gesellschaft zwecks Ausnutzung der Gegenleistung

des Übernehmers nicht in Frage kommen (D. 165), doch kann diese Gegenleistung so beschaffen sein, daß sie erst in Geld umgesetzt werden muß. Über die Möglichkeit, demnächst wieder die Fortsetzung der Gesellschaft zu beschließen, vgl. § 307. — War zur Zeit des Beschlusses die Gesellschaft bereits aufgelöst, so bedarf es keiner Anmeldung; die bisherige Liquidation ist in der Regel (unten Anm. III b) weiterzuführen.

b. **Liquidation** tritt ein bzw. ist weiterzuführen, falls nicht besonders vereinbart und beschlossen ist, daß sie unterbleiben soll. Eine solche Vereinbarung ist nur in den Fällen der §§ 304, 305 (306) und GmbHG. §§ 80, 81 zulässig (§ 304 Anm. I). Diese Liquidation ist nichts von der Liquidation in den gewöhnlichen Fällen Verschiedenes (vgl. D. 164). Nur tritt eine Abweichung (nachstehend zu c) und eine zusätzliche Bestimmung (nachstehend zu d) ein. — Kommt die geplante Übertragung des Vermögens nicht zur Ausführung, und wird nicht die Fortsetzung der Gesellschaft gemäß § 307 beschlossen, so ist die Liquidation nach den gewöhnlichen Regeln zu Ende zu führen (Staub[8]-Pinner Anm. 9).

c. **Geschäftskreis der Liquidatoren.** Der § 303 Abs. 3 Satz 1 will den Geschäftskreis der Liquidatoren nicht ausschließend regeln, sondern nur erweitern (Staub[8]-Pinner Anm. 12); sie sollen im Fall des § 303 außer zu den Geschäften, die nach § 298 Abs. 1 (§ 149 Satz 1) in ihren Geschäftskreis fallen (§ 149 Anm. II), auch befugt sein zu denjenigen Geschäften und Rechtshandlungen, welche die Ausführung der beschlossenen Maßregel, d. h. des Übertragungsvertrags, mit sich bringt. Entsprechend dem Geschäftskreis erweitert sich auch ihre Geschäftsführungspflicht (§ 149 Anm. III, § 298 Anm. II b) und der Umfang ihrer Vertretungsmacht (§ 149 Anm. IV d, § 298 Anm. II c). Über den Gebrauch von „befugt" gleichzeitig im Sinn von „ermächtigt" vgl. § 235 Anm. I a.

d. **Übertragung des Vermögens an den Übernehmer.**

1. „Ausantwortung." Unter Ausantwortung sind die einzelnen Übertragungshandlungen verstanden, welche zur Ausführung des beschlossenen Übertragungsvertrags erforderlich sind (oben Anm. II a).
2. Gläubigerschutzvorschriften. Die Übertragungshandlungen sollen nur unter Beobachtung derselben Vorschriften zulässig sein, die nach §§ 297, 301 für die Verteilung unter die Aktionäre gelten: dreimaliges Aufgebot der Gesellschaftsgläubiger, Ablauf eines Jahrs, Befriedigung der Gläubiger, Hinterlegung oder Sicherstellung. Daneben bleibt nach § 303 Abs. 3 Satz 1 die Erfüllung dieser Gläubigerschutzvorschriften auch Voraussetzung für die Verteilung an die Aktionäre (dagegen D. 165: „Ausantwortung tritt an die Stelle der Verteilung"). Die Sperrzeit des § 303 Abs. 3 ist aber dieselbe wie die des § 301; erfolgt der Übertragungsbeschluß nach Auflösung, so beginnt nicht etwa das Sperrjahr von neuem, sondern das Ablaufen des früher begonnenen Jahrs genügt. Die Ausantwortung an den Übernehmer darf vor Ablauf der Sperrzeit selbst dann nicht erfolgen, wenn er seinerseits die bedungene Gegenleistung sofort bewirkt. Die Liquidatoren dürfen mithin insbesondere nicht ohne weiteres dulden, daß der Übernehmer vor Ablauf der Sperrzeit in eigenem Namen das mit der Firma (§ 302 Anm. III a) zu übernehmende Handelsgeschäft unter bisheriger Firma fortführt, da auch die Firma ein Vermögensstück ist (§ 23 Anm. II b) und der Übernehmer nach § 25 Abs. 1 Satz 2 hierdurch im Verhältnis zu Dritten Berechtigter bezüglich der Geschäftsforderungen der übertragenden Gesellschaft werden würde (Pinner Anm. III 2 b, Staub[8]-Pinner Anm. 13). Indessen ist die Pachtung des zu übertragenden Handelsgeschäfts durch den Übernehmer für die Dauer der Sperrzeit bei genügender Sicherheitsleistung gegenüber der Gesellschaft für zulässig zu erachten; immerhin muß auch in diesem Fall die Übertragung der Firma (§ 22 Abs. 2) an den Übernehmer bis zum Ablauf der Sperrzeit ausgeschlossen bleiben. — Soll daher die Firma übernommen werden, so wird es in der Regel zweckmäßig sein, während der Sperrzeit das Geschäft durch die bisherige Gesellschaft fortführen zu lassen; soll die Firma nicht übernommen werden, so wird es in der Regel zweckmäßig sein, das Geschäft sofort bei Abschluß des Übertragungsvertrags dem Übernehmer für die Dauer der Sperrzeit zu verpachten. — D. 165 bemerkt: „In der Regel wird es sich um den Übergang eines im Betriebe befindlichen Unternehmens handeln, das bis zu der erst nach Ab-

lauf des Sperrjahrs zulässigen Ausantwortung an den Übernehmer weiter betrieben werden muß. Die Fortsetzung des Unternehmens darf daher der Gesellschaft auch nach der Auflösung nicht unmöglich gemacht werden; vielmehr ist den Liquidatoren in einem solchen Falle die Befugnis zu allen Geschäften einzuräumen, welche der Betrieb mit sich bringt. Andererseits schließt der Entwurf nicht aus, daß die Geschäftsleitung schon während des Liquidationsstadiums in weiteren oder engeren Grenzen dem Übernehmer selbst überlassen wird, wobei dann die Aufgabe der Liquidatoren der Hauptsache nach nur darin bestehen wird, darüber zu wachen, daß die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Anlagen und Gegenstände von dem Vermögen des Übernehmers getrennt bleiben und dem Liquidationszwecke nicht entfremdet werden."

3. Folgen gesetzwidriger Übertragung. Bei vorzeitiger oder sonst gesetzwidriger Ausantwortung von Gesellschaftsvermögen an den Übernehmer haften Liquidatoren und Aufsichtsratsmitglieder nicht nur der Gesellschaft (§§ 241, 249), sondern in entsprechender Anwendung des § 241 Abs. 3 Nr. 5, Abs. 4 auch den Gläubigern (vgl. D. 166). Nach D. 166 haften „auch die Aktionäre, soweit sie ihren Anteil aus der Gegenleistung des Übernehmers erhalten haben." Dies ist richtig für den Fall, daß an die Aktionäre durch die Gesellschaft oder auf deren Anweisung gezahlt ist (§ 217: „von der Gesellschaft"); dagegen wohl nicht allgemein zutreffend für den Fall, daß die Gesellschaft mit dem Übernehmer einen Vertrag zu gunsten Dritter (der Aktionäre) geschlossen hat, und daraufhin der Übernehmer für eigene Rechnung Zahlungen an die Aktionäre leistet. Doch kann im letzteren Fall unter Umständen ein Bereicherungsanspruch (BGB. § 812) bestehen. — Die verbotenen Übertragungshandlungen sind zwar nicht nichtig (Staub[8]-Pinner Anm. 13), aber doch unwirksam gegenüber etwaigen nicht durch Befriedigung oder gemäß § 301 Abs. 2 oder 3 berücksichtigten Gesellschaftsgläubigern (BGB. § 135; vgl. HGB. § 301 Anm. III; zust. Ring Nr. 7, Staub[8]-Pinner Anm. 13).

IV. **Übertragungsvertrag.**

a. **Form.** Nach BGB. § 311 bedarf der Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Da außer dem Generalversammlungsbeschluß auch eine Vertragsabschlußerklärung des Vorstands bzw. der Liquidatoren als erforderlich anzusehen ist (§ 250 Anm. IV c 2), so muß auch die letztere Erklärung und die Erklärung des Vertragsgegners gerichtlich oder notariell beurkundet sein; die Erklärung der Generalversammlung ist ohnehin nach § 259 gerichtlich oder notariell beurkundet. Durch die Bestimmung des § 303 Abs. 1 Satz 1 ist die Vertretungsmacht des Vorstands bzw. der Liquidatoren dahin begrenzt, daß ihre alleinige Vertragsabschlußerklärung die Gesellschaft nicht verpflichtet (§ 235 Anm. III a, § 298 Anm. I e 2).

b. **Haftung des Übernehmers für die Gesellschaftsschulden.**

1. Der Übertragungsvertrag des § 303 enthält eine Vermögensübernahme. Daher kommt zur Anwendung BGB. § 419:

„Uebernimmt Jemand durch Vertrag das Vermögen eines Anderen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrags an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Uebernehmer geltend machen.

Die Haftung des Uebernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Beruft sich der Uebernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung, so finden die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 entsprechende Anwendung.

Die Haftung des Uebernehmers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden."

Nach BGB. § 1990 „kann der Erbe die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht. Der Erbe ist in diesem Falle verpflichtet, den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben".

2. Haftung kraft Vermögensübernahme. Der Übernehmer haftet bereits vom Abschluß des Vertrags an als Gesamtschuldner mit der Gesellschaft für deren Schulden

(ebenso Planck[3] § 419 Anm. 1, Staub[8]-Pinner Anm. 16, Ring Nr. 8; Pinner Anm. III 4 b will die Haftung erst mit Ablauf des Sperrjahrs beginnen lassen; über die Möglichkeit einer Herbeiführung des letzteren Erfolgs vgl. oben Anm. II b). Gegenüber Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger kann der Übernehmer sich darauf berufen (vgl. CPO. §§ 780, 781), daß er nur mit den „übernommenen", d. h. tatsächlich bereits an ihn übertragenen Vermögensgegenständen und mit seinen Ansprüchen aus dem Übertragungsvertrag hafte; mithin kann er vor Ablauf der Sperrzeit, soweit ihm nicht etwa gesetzwidrig Vermögensgegenstände übertragen sind, die Gläubiger lediglich auf seine Ansprüche aus dem Übertragungsvertrag verweisen. — Die Eigenschaft des Vertrags als eines Vermögensübernahmevertrags wird nicht durch die bezüglich der bei etwa ausdrücklicher Festsetzung der Schuldenhaftung gebrauchte Ausdrucksweise berührt; so z. B. nicht dadurch, daß die Übernahme der Verpflichtungen aus laufenden Versicherungen als „Rückversicherung" bezeichnet ist (RG. 56 293).

3. Haftung im Fall der Fortführung des Handelsgeschäfts. Wird das Handelsgeschäft vom Übernehmer fortgeführt, so kommt HGB. § 25 neben BGB. § 419 zur Anwendung. Hierdurch ändert sich nichts Wesentliches für die Zeit bis zum Ablauf der Sperrzeit. Denn die bisherige Firma darf vor Ablauf der Sperrzeit nicht seitens des Übernehmers als eigene geführt werden (oben Anm. III d), er haftet mithin bei Fortführung des Handelsgeschäfts (z. B. auf Grund eines Pachtverhältnisses) nicht ohne besonderen Verpflichtungsgrund, insbesondere ausdrückliche Bekanntmachung der Übernahme der Verbindlichkeiten. Nur wenn der Übernehmer gesetzwidrig die Firma schon vor Ablauf der Sperrzeit führt, haftet er gemäß § 25 Abs. 1 unbeschränkt — aber durch Eintragung oder Mitteilung ausschließbar (§ 25 Abs. 2) — für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft; außerdem haftet er dann mit dem in der Regel selbständig nicht verwertbaren Vermögensstück der Firma beschränkt aber unausschließbar gemäß BGB. § 419. — Für die Zeit nach Ablauf der Sperrzeit unterliegt der Übernehmer, wenn er die Firma fortführt, der erweiterten Haftung aus HGB. § 25 Abs. 1, 2, wobei jedoch zu beachten ist, daß HGB. § 25 Abs. 2 durch BGB. § 419 Abs. 3 dahin eingeschränkt wird, daß die in BGB. § 419 bestimmte beschränkte Haftung auch nicht durch Eintragung oder Mitteilung abweichender Vereinbarungen ausgeschlossen werden kann. Führt er die Firma nicht fort, so haftet er jedenfalls gemäß BGB. § 419 und, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, auch gemäß HGB. § 25 Abs. 3.

4. Für wessen Rechnung erfolgt die Befriedigung der Gläubiger? D. 166 bemerkt: „Die Befriedigung der Gläubiger erfolgt zwar namens der Gesellschaft, aber für Rechnung des Übernehmers, da unter den Parteien die Übertragung des Vermögens im ganzen bedungen ist. Dem Übernehmer muß es deshalb überlassen bleiben, die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Beträge, soweit die bereiten Mittel der Gesellschaft nicht ausreichen, zu beschaffen." Dies trifft indessen nicht für alle Fälle zu; entscheidend ist der nähere Inhalt des Übertragungsvertrags.

§ 304.

Übertragung an deutsche staatliche Körperschaft.

Wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes von dem Reiche, einem Bundesstaat oder einem inländischen Kommunalverband übernommen, so kann zugleich vereinbart werden, daß die Liquidation unterbleiben soll.

Die im § 303 Abs. 1 vorgesehene Zustimmung der Generalversammlung ist auch für eine solche Vereinbarung erforderlich.

Der Vorstand hat den Beschluß der Generalversammlung zugleich mit der Auflösung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; der

Anmeldung ist der mit dem Uebernehmer abgeschlossene Vertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

Der Beschluß hat keine Wirkung, bevor die Eintragung bei dem Gericht, in dessen Bezirke sich der Sitz der Gesellschaft befindet, stattgefunden hat.

Mit der Eintragung des Beschlusses gilt der Uebergang des Vermögens der Gesellschaft einschließlich der Schulden als erfolgt; die Firma der Gesellschaft erlischt.

ADH. — **Entw. I** § 277. **Entw. II** § 295.

I. **Zulässigkeit eines Ausschließens der Liquidation.** Die Ausschließung der Liquidation gelegentlich eines Vertrags betreffs Übertragung des Gesellschaftsvermögens im ganzen ist nur zulässig, wenn entweder das Reich, ein deutscher Bundesstaat oder deutscher Kommunalverband (§ 304 Abs. 1), oder wenn eine AG. oder KAG. gegen Gewährung ihrer Aktien (§ 306 Abs. 1) Übernehmer ist, oder wenn nach näherer Maßgabe der §§ 80, 81 GmbHG. eine Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung erfolgen soll.

II. **Ausschließungsvertrag.** Die Ausschließung erfolgt durch Vertrag des Übertragers mit dem Übernehmer (§ 304 Abs. 2: „Vereinbarung"). Der Ausschließungsvertrag, abweichend vom Übertragungsvertrag (§ 303 Anm. IV a), bedarf keiner Form; doch folgt aus § 304 Abs. 3 das Erfordernis der Schriftlichkeit. Der Ausschließungsvertrag kann Teil des Übertragungsvertrags (§ 303 Anm. IV) sein, er kann als selbständiger Vertrag gleichzeitig geschlossen werden, er kann aber auch erst später als der Übertragungsvertrag, also nachdem die Liquidation begonnen hat, geschlossen werden. Der letzte Fall ist in §§ 304, 306 zwar nicht berücksichtigt, doch sind deren Bestimmungen in diesem Fall entsprechend anzuwenden (Staub[8]-Pinner Anm. 3). Ist der Ausschließungsvertrag Teil des Übertragungsvertrags oder gleichzeitig geschlossen, ist im Zweifel als Absicht der Parteien anzusehen, daß auch die erteilte Zustimmung der Generalversammlung zum Übertragungsvertrag betagt sein soll durch die Eintragung der Liquidationsausschließung (vgl. § 303 Anm. II b, ähnlich Staub[8]-Pinner Anm. 6; über Zulässigkeit betagter Beschlüsse § 251 Anm. III). Anderenfalls würde der Beginn der Wirksamkeit des Übertragungsbeschlusses und der Beginn der Wirksamkeit des Beschlusses über Liquidationsausschließung auseinanderfallen, da ersterer an sich bereits mit der Fassung des Beschlusses wirkt, mithin (§ 303 Abs. 2, § 293 Anm. IV) von der Fassung des Übertragungsbeschlusses bis zur Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses dennoch Liquidation eintreten würde. — Wird kein Ausschließungsvertrag geschlossen, so sind auch bei Übernahme durch das Reich, einen Bundesstaat oder einen Kommunalverband lediglich die Vorschriften des § 303 maßgebend (vgl. D. 166).

III. **Zustimmungsbeschluß.** Auch der Ausschließungsvertrag bedarf in gleicher Weise wie der Übertragungsvertrag (§ 303 Abs. 1) der Zustimmung der Generalversammlung der Übertragerin (§ 250 Anm. IV c 2) mit einer Mehrheit, die drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt, und unter Beobachtung der etwaigen sonstigen in der Satzung aufgestellten Erfordernisse (vgl. § 275 Anm. II c).

IV. **Wirkungen des Ausschließungsbeschlusses.**

a. **Zeitpunkt der Wirksamkeit.** Der Ausschließungsbeschluß erlangt Wirkung erst durch Eintragung im Handelsregister (unten Anm. V a); bis dahin bleibt er wirkungslos (§ 304 Abs. 4; vgl. § 277 Anm. IV).

b. **Verhältnis zur Auflösung.** Der Ausschließungsbeschluß als solcher bewirkt nicht die Auflösung; doch fällt in der Regel die Auflösung mit der Eintragung des Ausschließungsbeschlusses zusammen (oben Anm. II).

c. **Gläubigervorschriften.** Da im Fall des § 304 keine Liquidation stattfindet, so sind in diesem Fall weder die §§ 294—302 noch der § 303 Abs. 3 anwendbar. Insbesondere fallen auch die in jenen Bestimmungen enthaltenen Gläubigerschutzvorschriften fort. Im Fall des § 304 sind solche überhaupt nicht zu beobachten; für den Fall des § 306 sind besondere Gläubigerschutzvorschriften in § 306 Abs. 2—6 gegeben. Vor Eintragung des Liquidationsbeschlusses darf eine Übertragung von Gesellschaftsvermögen an den Übernehmer nach Maßgabe

des Übernehmungsvertrags nicht stattfinden (D. 166), es sei denn gemäß § 303 Abs. 3 (oben Anm. II).

d. **Gesamtnachfolge.**

1. Allgemeines. Die Ausschließung der Liquidation mit folgender Eintragung des Ausschließungsbeschlusses bewirkt unmittelbare Gesamtnachfolge in das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft, einschließlich ihrer Schulden (§ 304 Abs. 5, D. 165, RG. **56** 332). Gleichzeitig erlischt die Rechtspersönlichkeit der aufgelösten Gesellschaft (KG. 27 VI 04 KGJ. **28** A 148). Zur Übertragung der Sachen oder Rechte, welche der Gesellschaft zustanden, bedarf es nicht mehr besonderer Übertragungshandlungen (KG. 16 III 05 OLGRspr. **11** 35). Auf Rechtsstreite der übertragenden Gesellschaft ist CPO. §§ 239 ff., 246 entsprechend anwendbar (RG. **56** 332). Über Erteilung einer gegen den Übernehmer vollstreckbaren Ausfertigung eines vor Gesamtnachfolge ergangenen Urteils vgl. CPO. § 727; der § 729 Abs. 1 CPO. ist nicht anwendbar, weil den Fall der Sondernachfolge betreffend. Über Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses bestimmt HGB. § 308. — Bezüglich der Wirkung des Übergangs auf die Rechte aus bestehenden Verträgen, insbesondere für die Entscheidung der Frage, unter welchen Umständen etwa vorzeitige Fälligkeit einer Gesellschaftsschuld oder ein Rücktrittsrecht des anderen Teils eintritt, sind — wie im Fall der Liquidation (§ 145 Anm. IIc, § 294 Anm. Ic) — lediglich die allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs maßgebend. Soweit nicht im Einzelfall die Anwendung jener Regeln zu einem anderen Ergebnis führt, hat die Gesamtnachfolge und das Aufhören der bisherigen Vertragsgegnerin nicht die Wirkung, die bisherigen Fälligkeits- und Zahlungsbedingungen zu ändern (RG. **9** 20).

2. Dingliche Rechte. Das Eigentum an etwaigen Grundstücken geht ohne Auflassung über (KGJ. **11** 129). Die Umschreibung im Grundbuch auf den Erwerber hat nur die Bedeutung einer Berichtigung des Grundbuchs. Zur Bewirkung der Umschreibung genügt, daß mit dem Umschreibungsantrag des Erwerbers ein Zeugnis des Registergerichts über die Eintragung des Liquidationsausschlusses auf Grund des in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beizufügenden Übertragungsvertrags überreicht wird (vgl. Grundbuchordnung §§ 33 ff.); eine Umschreibungsbewilligung des Vorstands der übertragenden Gesellschaft wäre bedeutungslos, da deren Persönlichkeit erloschen ist. Über eine für die übertragende Gesellschaft eingetragene Hypothek kann vom Erwerber verfügt werden, ohne daß letzterer vorher in das Grundbuch eingetragen zu werden braucht (KG. 16 III 05 OLGRspr. **11** 35).

3. Schulden. Nach § 304 Abs. 5 gilt mit der Eintragung des Beschlusses auch der Übergang der Schulden als erfolgt. Die Vorschrift ist zwingend; sie geht weiter als diejenige des BGB. § 419 Abs. 3 (oben § 303 Anm. IVb), da nach § 304 Abs. 5 der Übernehmer unbeschränkt haftet (Staub[8]-Pinner Anm. 8). Zu welchem Zeitpunkt die Haftung des Übernehmers aus dem Übertragungsvertrag beginnt, vgl. oben Anm. II, § 303 Anm. IVb. — Die Haftung der übertragenden Gesellschaft erlischt (D. 167, RG. **28** 363). — Unter welchen Umständen eine inhaltliche Änderung des Schuldverhältnisses eintritt, vgl. oben zu 1.

4. Firma der übertragenden Gesellschaft. Der § 304 Abs. 5 bestimmt: „Die Firma der Gesellschaft erlischt." Hierdurch ist das Erlöschen unmittelbar an die Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses geknüpft. Daher bedarf es hier — abweichend vom Fall der Liquidation (§ 302 Abs. 1) — keiner besonderen Anmeldung des Firmenerlöschens (dagegen Goldmann Nr. 6). Auch eine Eintragung des Firmenerlöschens von Amts wegen (§ 31 Abs. 2) außer der Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses ist nicht erforderlich (ebenso Staub[7] Anm. 7; dagegen Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 6, Staub[8]-Pinner Anm. 7); der § 304 Abs. 5 setzt eine solche Eintragung nicht als erforderlich voraus; wäre die Eintragung überhaupt erforderlich, so wäre wohl Anmeldungspflicht des Übernehmers anzunehmen (vgl. unten Anm. Vb). Aus § 304 Abs. 5 ist nicht — ebensowenig wie für den Liquidationsfall aus § 302 (§ 302 Anm. IIIa) — zu schließen, daß es unzulässig wäre, im Fall eines Liquidationsausschlusses den Übergang der Firma

auf die Übernehmerin zu vereinbaren. Ist eine solche Vereinbarung getroffen (vgl. jedoch § 36, § 17 Anm. IIIc), so geht kraft Gesamtnachfolge auch die Firma bei Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses über; sie erlischt dann nur als Bezeichnung der übertragenden Gesellschaft (vgl. § 157 Anm. IIa).

e. **Rechte der Aktionäre** auf die Gegenleistung des Übernehmers. Ob dergleichen Rechte überhaupt bestehen, und gegen wen sie sich richten, hängt von dem Inhalt des Übertragungsvertrags ab. Über die Anfechtung der Zustimmung zum Übertragungsvertrag, insbesondere wenn letzterer Sonderrechte (§ 250 Anm. IIc 4, 8, § 300 Anm. IIb) verletzt, vgl. § 3[illegible] § 273 Anm. II. Mit der Eintragung eines gültigen Liquidationsausschließungsbeschlusses erlöschen die bisherigen Mitgliedschaftsrechte (§ 250 Anm. I, II) der Aktionäre und werden durch ihre etwaigen Ansprüche gegen den Übernehmer oder Dritte aus dem Übertragungsvertrag ersetzt. Ihre bisherigen Gläubigerrechte (§ 250 Anm. III) sind, wie die Rechte anderer Gläubiger (oben Anm. IVd 3) künftig gegen den Übernehmer geltend zu machen.

V. **Anmeldung** des Beschlusses über Ausschließung der Liquidation.

a. **Zuständiges Gericht.** Die Anmeldung hat bei allen Registergerichten stattzufinden (§ 13). Die Wirksamkeit des Beschlusses ist aber ausschließlich an die Eintragung bei dem Registergericht (§ 8 Anm. I) des Sitzes (§ 182 Anm. IVb 2) der übertragenden Gesellschaft geknüpft (§ 304 Abs. 4).

b. **Anmelder** ist der Vorstand (§ 304 Abs. 3), d. h. die Behörde in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§ 234 Anm. Ic). Hatte vor dem Beschließen des Liquidationsausschlusses bereits die Liquidation begonnen (oben Anm. II), so haben die Liquidatoren anzumelden. — Soweit die Anmeldungen für Zweigregister noch nicht vor Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses bewirkt sind (vgl. § 13 Abs. 2), wird anzunehmen sein, daß die Anmeldungspflicht auf den Übernehmer übergeht (dagegen Ring Nr. 3). Allerdings ist die Anmeldungspflicht nicht eigentlich eine Pflicht der aufgelösten AG., sondern eine Pflicht der Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren (§ 319 Anm. IIc), so daß nicht schon aus der Gesamtnachfolge des Übernehmers (oben Anm. IVd) jene Folgerung ableitbar ist. Andererseits sind aber die Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren nur in dieser Eigenschaft anmeldeberechtigt und -verpflichtet, also nur, solange sie jenes Amt bekleiden; mit der Eintragung des Liquidationsbeschlusses im Hauptregister erlischt aber ihr Amt, da gleichzeitig die AG. zu bestehen aufhört.

c. **Ausschluß der Erzwingung durch Ordnungsstrafen.** Hierüber bestimmt § 319 Abs. 2. Vgl. § 175 Anm. III, § 277 Anm. Ic.

d. **Form.** Vgl. § 12 Anm. I, § 195 Anm. Id.

e. **Inhalt.** Anzumelden ist der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung zum Ausschluß der Liquidation. Die Anmeldung darf nicht früher als die Anmeldung der Gesellschaftsauflösung (§ 303 Anm. IIIa, § 293 Anm. I—IV) erfolgen, sondern nur entweder gleichzeitig (§ 304 Abs. 3) oder später (oben Anm. II).

f. **Beizufügende Urkunde.** „Der mit dem Übernehmer abgeschlossene Vertrag" ist in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen (§ 304 Abs. 3). Hierunter sind sowohl der Übertragungsvertrag (§ 303 Anm. IV), wie auch außerdem der Liquidationsausschließungsvertrag (oben Anm. II) zu verstehen. Ersterer, weil die Vorschrift verhindern soll, daß vor Bindendwerden des Übertragungsvertrags der Liquidationsausschluß eingetragen wird. Letzterer, weil verhindert werden soll, daß die in § 304 Abs. 5 bestimmte Wirkung der Gesamtnachfolge eintritt, bevor nachgewiesen wird, daß der Übernehmer sich mit dem Liquidationsausschluß einverstanden erklärt hat.

g. **Prüfungsbefugnis des Registergerichts.** Vgl. § 12 Anm. VI, § 195 Anm. Ig. Das Registergericht hat die Rechtsgültigkeit der überreichten Verträge (oben Anm. Vf) und des Beschlusses der Generalversammlung zu prüfen (D. 166). Über den Einfluß der Anfechtung oder Nichtanfechtung des Beschlusses auf das Verfahren vor dem Registergericht vgl. § 273 Anm. V

§ 305.

Übertragung an AG. oder KAG. gegen Aktiengewährung.

Wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen, so bleiben bei der Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft die Vorschriften des § 278 Abs. 1, des § 280 Abs. 2, der §§ 281, 282, des § 283 Abs. 1 sowie des § 284 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 außer Anwendung.

Der Anmeldung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals zum Handelsregister ist der von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigte Vertrag über die Vermögensübertragung in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

Auf den Umtausch der Aktien der aufgelösten Gesellschaft finden die Vorschriften des § 290 Anwendung.

ADH. -- **Entw. I** § 278. **Entw. II** § 296.

I. **Übertragung des Vermögens einer AG. als Ganzes als eine andere AG. oder KAG. gegen Gewährung von Aktien der Übernehmerin.**

a. **Verhältnis des § 305 zu § 303 und § 306.** Der § 305 ist ein Unterfall des § 303; auf Seiten der übertragenden Gesellschaft finden daher auch im Fall des § 305 lediglich die Vorschriften des § 303 mit dem Zusatz in § 305 Abs. 3 Anwendung (vgl. D. 167). Die Absätze 1 und 2 des § 305 enthalten nur besondere Bestimmungen für die übernehmende Gesellschaft. Im Verhältnis zu § 306 bildet § 305 (Übertragung mit Liquidation der übertragenden Gesellschaft) den allgemeinen Fall, § 306 (Übertragung unter Ausschließung der Liquidation der übertragenden Gesellschaft) den Unterfall. Tatsächlich wird dieser Unterfall der häufiger vorkommende sein. — Will man die Fälle der §§ 305, 306 als „Fusion" oder „Verschmelzung" bezeichnen, so ist doch zu beachten, daß es sich rechtlich (anders mitunter wirtschaftlich) nicht um eine Vereinigung zweier einander gleichstehenden Größen zu einer gemeinsamen Dritten handelt, sondern vielmehr um die Auffaugung einer hierdurch vollständig untergehenden Größe durch eine andere, ohne Änderung ihrer Persönlichkeit fortbestehende.

b. **„Übertragung."** Trotz der Fassung des § 305 Abs. 1 behandelt der § 305 ebenso wie § 303 Abs. 1, 2 (§ 303 Anm. II a 2) nicht die Übertragung, sondern den Übertragungsvertrag. Schon sobald letzterer geschlossen ist, kann die Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft beschlossen werden, da dann ein genügendes Nichtbareinlage-Versprechen vorliegt, die Aushändigung der versprochenen Nichtbareinlage aber nicht Voraussetzung der Erhöhung des Grundkapitals ist (§ 284 Anm. II e 2). Übrigens ist zu beachten, daß es sich im Fall des § 305 nicht um einen eigentlichen Vertrag, sondern um Angebot und Annahme des Beitritts zu einem Verein handelt (§ 186 Anm. II c); so wohl selbst wenn im Einzelfall Übertrager und demnächstiges Mitglied verschiedene Personen (unten Anm. I f 2) sind. — Keine Vermögensübertragung liegt in einer Vereinigung der Betriebe ohne Aufgeben der getrennten Persönlichkeiten beider Gesellschaften (Staub[8]-Pinner Anm. 4).

c. **Einer Aktiengesellschaft** Vermögen. Der § 305 ist anwendbar, auch wenn die übertragende Gesellschaft eine Kommanditaktiengesellschaft ist (§ 320 Abs. 3, D. 181). Über den Fall der Umwandlung einer KAG. in eine AG. ohne Auflösung der Gesellschaft vgl. §§ 332—334.

d. **Als Ganzes.** Die Worte „als Ganzes" sind gleichbedeutend mit „im ganzen" in § 303 Abs. 1. Da § 305 auf den § 303 Bezug nimmt, ist ersterer ebenso wie letzterer (§ 303

Anm. I c) entsprechend auch auf Fälle anzuwenden, in denen im Übertragungsvertrag bestimmte einzelne Vermögensstücke von der Übertragung ausgenommen sind.

e. **An eine andere AG. oder KAG.** Der § 305 setzt voraus, daß die übernehmende Gesellschaft bei Abschluß des Übertragungsvertrags bereits besteht (Pinner Anm. II 1 b); unerheblich ist, ob sie erst im Hinblick auf den abzuschließenden Übertragungsvertrag gegründet ist. Soll die Einlegung des Gesellschaftsvermögens einer AG. im ganzen in eine andere AG. bereits bei deren Gründung erfolgen, so sind zwar die Bestimmungen des § 305 unanwendbar, und an deren Stelle treten die gewöhnlichen Gründungsvorschriften. Der § 306 ist aber auch in diesem Fall für entsprechend anwendbar zu erachten (ebenso Staub[8]-Pinner § 307 Anm. 3); nur ist — zwecks Vermeidung großer Schwierigkeiten bezüglich der Reihenfolge der Anmeldungen (vgl. § 306 Anm. V) — zu empfehlen, den Sitz der neuen Gesellschaft zunächst im Registerbezirk des Sitzes der alten zu wählen und erst später an den etwa gewünschten anderen Ort zu verlegen, so daß die beiden maßgebenden Eintragungen (§§ 200, 304 Abs. 4) — gleichzeitig erfolgen können. — Über den Fall einer Übertragung des Vermögens an eine neu zu gründende Gesellschaft mit beschränkter Haftung, falls dies ohne Liquidation geschehen soll, bestimmen §§ 80, 81 GmbHG.; anderenfalls ist § 303 maßgebend. Über andere Fälle von Umwandlungen vgl. § 292 Anm. I e. — Der § 305, da er überhaupt nur die Verhältnisse der übernehmenden Gesellschaft regelt, bezieht sich nur auf eine deutsche Übernehmerin. Aber auch § 306 ist nur auf eine deutsche Übernehmerin zu beziehen (zustimmend KG. 18 II 01 KGJ. 21 A 296), da anderenfalls die Überführung des Vermögens in das Ausland zulässig wäre ohne genügende Sicherung, daß die ausländische Gesellschaft und die ausländischen Gesellschaftsbeamten den beschränkenden, im Ausland nicht geltenden Vorschriften des § 306 Abs. 2—6 unterworfen wären.

f. **Gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft.**

1. Nur gegen „Aktien". Die Worte „gegen Gewährung von Aktien" sind dahin zu verstehen, daß die von der übernehmenden Gesellschaft an die übertragende oder deren Aktionäre zu gewährende Gegenleistung ausschließlich in Gewährung von Anteilrechten bestehen muß. Sehr zweifelhaft ist, ob die erleichternden Vorschriften der §§ 305, 306, insbesondere die Befreiung der übernehmenden Gesellschaft vom Gebot der Vollzahlung der bisherigen Anteile vor Erhöhung und die Möglichkeit einer Ausschließung der Liquidation, entsprechend auch anwendbar sind in Fällen, in denen die Gegenleistung der Übernehmerin nur teilweise in Anteilgewährung, teilweise aber in anderen Leistungen, z. B. Geldzahlungen, besteht (für unmittelbare Anwendbarkeit Staub[7] Anm. 2), oder in denen den Aktionären der übertragenden Gesellschaft ein Wahlrecht zwischen Anteilgewährung und Geldleistung eingeräumt wird (für unmittelbare Anwendbarkeit im Fall des § 305 Staub[7] Anm. 2; dagegen Pinner Anm. II 1 c und für den Fall des § 306 auch Staub[7] § 306 Anm. 3; vgl. auch ROH. 14 363, RG. 9 19). Maßgebend für die Entscheidung muß sein, aus welchen Erwägungen der Gesetzgeber gerade den Fall der Übernahme gegen Anteilgewährung als besonders zu bevorzugenden herausgegriffen hat, und ob diese Erwägungen auf jene anderen Fälle gleichfalls zutreffen. Über die erstere Frage ist aber aus der Denkschrift keine Aufklärung zu gewinnen, und auch sonst leuchten die Gründe für die Bevorzugung dieses Sonderfalls nicht ohne weiteres ein. Man wird sich daher lediglich an die Worte halten müssen und als nicht unter die Ausnahmebestimmungen der §§ 305, 306, sondern nur unter § 303 fallend diejenigen Grundkapitalerhöhungen durch Überlassung des Vermögens einer AG. oder KAG. als Ganzes anzusehen haben, bei denen die Vergütung nur teilweise oder nur wahlweise in Anteilgewährung besteht (zust. Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 2, Staub[8]-Pinner Anm. 3). Zu beachten ist auch, daß, wenn man der ausdehnenden Auslegung Staubs folgen wollte, keine feste Grenze gegenüber dem Fall, in welchem die Überlassung nur gegen Geld erfolgt, zu finden wäre, und daß es dann auch nicht unmöglich wäre, auf dem Weg gleichzeitiger Gründung zweier Aktiengesellschaft durch dieselben Aktionäre und demnächstiger Übertragung des Vermögens der einen an die andere gegen teilweise in Geld bestehende, den wahren Wert des Übertragenen übersteigende Leistungen das Verbot der Rückzahlung von Einlagen zu umgehen.

Nur wird man (entsprechend dem RG. 9 19) zugeben können, daß wenn zu dem Stellen der Wahl zwischen Anteilgewährung und anderen Leistungen das tatsächliche Wählen des ersteren durch alle Beteiligten hinzukommt, der entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 306, nichts entgegensteht.

2. Wem zu gewähren? Zulässig ist es sowohl, zu bedingen, daß die Übernehmerin der Übertragerin die neuen Anteilrechte einzuräumen und die Aktienurkunden auszuhändigen hat, wie auch (§ 200 Anm. III a, § 287 Anm. II), daß beides unmittelbar seitens der Übernehmerin an die einzelnen Aktionäre der Übertragerin geschehen soll (§ 303 Anm. II b, § 304 Anm. IV e). Wird die Liquidation ausgeschlossen, so ist im Zweifel letzteres als gewollt anzunehmen, da die Persönlichkeit der Übertragerin erlischt. Je nachdem das eine oder das andere bedungen, ergibt sich eine verschiedene Berechnung für die Höhe des Anschaffungsstempels (RG. 41 86; gegen das Entstehen einer solchen Stempelpflicht überhaupt Staub[8]-Pinner Anm. 27). Eine solche unmittelbare Überweisung der Anteilrechte an die Aktionäre der Übertragerin enthält keine „Übertragung" dieser Anteilrechte im Sinn des § 287 Abs. 2.

3. Bereits vorhandene Anteilrechte. Daß die zu gewährenden Anteilrechte erst neu geschaffen werden sollen, ist nicht unbedingtes Erfordernis; auch wenn dies ausnahmsweise nicht der Fall, sind § 305 Abs. 3, § 306 anwendbar (zust. Ring § 306 Nr. 1; so auch vorausgesetzt bei Staub[8]-Pinner § 307 Anm. 3).

II. **Wirkung für die übertragende Gesellschaft.** Hierüber bestimmt § 303 (oben Anm. I a) mit der Maßgabe in § 305 Abs. 3 (unten Anm. IV). Vgl. § 303 Anm. III. Irrig ist daher die auf Nichtbeachtung dieses Verhältnisses des § 305 zu § 303 beruhende Ansicht Pinners Anm. II 2 c, daß für den Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der Übertragerin einfache Stimmenmehrheit genüge. — Wenngleich der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der Übertragerin zunächst nur als Angebot wirkt (unten Anm. III a), treten die in § 303 Abs. 2, 3 vorgesehenen Folgen jenes Beschlusses doch sofort ein (§ 303 Anm. III a), und eine hierdurch bewirkte Auflösung kann nur gemäß § 307 rückgängig gemacht werden (KG. 28 XII 99 KGJ. 19 13). Zulässig ist aber, daß der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der Übertragerin von vornherein ausdrücklich nur als ein durch Eintragung des Grundkapitalerhöhungsbeschlusses der Übernehmerin betagter oder als auflösend durch Nichteintragung des letzteren Beschlusses bis zu bestimmter Frist bedingter gefaßt wird (§ 303 Anm. II b 2, § 305 Anm. III a).

III. **Wirkung für die übernehmende Gesellschaft.**

a. **Vor dem Erhöhungsbeschluß** und dessen Eintragung tritt auf Seiten der Übernehmer keine Wirkung ein. Der Übertragungsvertrag, wenngleich vorschriftsmäßig gerichtlich oder notariell beurkundet (§ 303 Anm. IV a) und von der Übertragerin unter Zustimmung ihrer Generalversammlung (§ 303 Anm. II) geschlossen mit der Übernehmerin, vertreten durch deren Vorstand (oder sogar unter Zustimmung auch der Generalversammlung der Übernehmerin, aber ohne Erhöhungsbeschluß), ist — wenn, wie in der Regel, die zu gewährenden „Aktien" neu geschaffen werden sollen — unwirksam gegenüber der Übernehmerin, weil darin eine Zusicherung künftiger Bezugsrechte (§ 283 Abs. 2) und ein Vorvertrag (RG. 43 140) über Leistung einer Nichtbareinlage (§ 279 Abs. 2; vgl. § 186 Anm. II b) liegt (Staub[8]-Pinner Anm. 9; dagegen früher Pinner Anm. II 2 c). Bis zur Eintragung des Erhöhungsbeschlusses liegt daher trotz äußeren Anscheins eines Übertragungsvertrags doch kein solcher vor, sondern nur das Angebot (vgl. § 182 Anm. II b 1) einer Beitrittserklärung (vgl. § 186 Anm. II c, § 305 Anm. I b) zum übernehmenden Verein. Erst durch den Erhöhungsbeschluß unter Festsetzung der wesentlichen Punkte des Abkommens (§ 279 Abs. 2) und nachfolgende Eintragung des Beschlusses (§ 277 Abs. 3) geschieht die Annahme jenes Angebots. Wird die Annahme ungebührlich verzögert, so erlischt mithin die Bindung der übertragenden Gesellschaft (BGB. § 147 Abs. 2, § 146, § 150 Abs. 1). Zweckmäßig wird es daher sein, entsprechend dem § 281 Abs. 1 Nr. 4 (vgl. jedoch § 278 Anm. II f 1) im Übertragungsvertrag eine bestimmte Frist für die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses festzusetzen, bis zu deren Ablauf die Übertragerin an ihr Angebot gebunden sein will (ebenso Ring Nr. 5); welche

Wirkung für die Übertragerin eintritt, wenn die Frist nicht eingehalten wird, vgl. § 30[illegible] Anm. II b 3. Die von Staub⁸-Pinner Anm. 9 vorgeschlagene Knüpfung der Frist an das Eintragen des Erfolgtseins der Erhöhung ist nur dann zu empfehlen, wenn gleichzeitige Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses und des Erfolgtseins der Erhöhung in Aussicht genommen ist (ob dies zweckmäßig, vgl. unten Anm. V 9); denn auf grund eines auflösend bedingten Übertragungsvertrags würde, da dieser keine endgültig feststehende Nichtbareinlage enthält, der Erhöhungsbeschluß ohne gleichzeitige Eintragung der Erhöhung nicht eingetragen werden dürfen.

b. **Erhöhungsbeschluß.**

1. Verhältnis des § 305 zu den allgemeinen Regeln über Erhöhungsbeschlüsse. Da § 305 voraussetzt, daß die Übernehmerin als Gegenleistung für die Übertragung eigene Anteilrechte gewährt (oben Anm. I f), und da in der Regel die Übernehmerin eigene bereits vorhandene Anteilrechte nicht zur Verfügung haben wird (§ 22[illegible]), so wird auf ihrer Seite in der Regel eine Erhöhung des Grundkapitals erforderlich werden, um neue Anteilrechte zu schaffen. Für diesen Fall gibt § 305 einige Sondervorschriften, insbesondere Erleichterungen gegenüber den Vorschriften über Erhöhungsbeschlüsse und deren Anmeldung in sonstigen Fällen. Wird das Grundkapital nicht nur um die an die Übertragerin zu gewährenden Anteile, sondern gleichzeitig darüber hinaus um weitere Anteile erhöht, so gelten die Erleichterungen des § 305 nur für die ersteren Anteile. Ebenso, wenn durch die Überlassung die neu geschaffenen Anteile nicht vollgezahlt werden sollen; in diesem Fall muß der nicht vollgezahlte Rest der zu leistenden Einlagen durch Zeichnungsscheine belegt werden.
2. Nichtbareinlage oder die dieser gleichstehende (§ 186 Anm. II b) Überlassung gegen Vergütungsanrechnung auf (Bar-)Einlage liegt im Fall des § 305 stets vor; die erschwerenden Bestimmungen des § 279 müssen daher stets beobachtet werden; unter Umständen auch die Vorschriften über Nachgründungen (§§ 207, 208; § 279 Abs. 2 Satz 2).
3. Sondervorschriften des § 305 Abs. 1. Soweit diese Sondervorschriften sich auf den Erhöhungsbeschluß und dessen Anmeldung beziehen, gehen sie dahin, daß die Erhöhung stattfinden darf ohne Rücksicht darauf, ob die Kapitaleinlagen auf die bisherigen Grundkapitalanteile bereits voll geleistet (§ 278 Abs. 1) sind, mithin auch die Einreichung einer Versicherung der Volleistung bei Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses (§ 280 Abs. 2) fortfällt, und daß Bezugsrechte der Aktionäre der Übernehmerin (§ 282) nicht bestehen, und mithin ein hierauf bezüglicher Vorbehalt (§ 283 Abs. 1) bei Zusicherung an die Übertragerin oder deren Aktionäre nicht erforderlich ist. — Die besondere Erwähnung des Fortfalls der Bezugsrechte wäre entbehrlich gewesen, da das Abkommen betreffend Gewährung von Anteilrechten im Erhöhungsbeschluß stets Erwähnung finden muß (§ 279; vgl. oben zu 2), hierdurch aber ohnedies das Bezugsrecht der Aktionäre der Übernehmerin ausgeschlossen würde (§ 282 Abs. 1; vgl. § 283 Anm. II d). — Über diejenigen Sondervorschriften des § 305 Abs. 1 und 2, welche sich auf das Erfolgen der Erhöhung und die Anmeldung des Erfolgtseins beziehen, vgl. unten Anm. III e.

c. **Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses.** Hierfür sind die allgemeinen Vorschriften des § 2[illegible] maßgebend; nur fällt die in § 280 Abs. 2 vorgesehene Versicherung der Vollzahlung des bisherigen Grundkapitals fort (§ 305 Abs. 1). Die Anmeldung zum Register des Sitzes ist — wie in allen Fällen von Erhöhungsbeschlüssen — nicht erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§ 280 Anm. II). Erst durch die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses, aber auch spätestens durch sie, selbst wenn sie vor dem Erfolgen der Erhöhung liegt, wird die Annahmeerklärung der Übernehmerin wirksam. Ist die Annahmeerklärung rechtzeitig erfolgt (oben Anm. III a), so liegt hierin auch der endgültige Abschluß des Übertragungsvertrags. Daher treten nunmehr auch die Folgen des letzteren für den Übernehmer ein, insbesondere bezüglich seiner Haftung gegenüber den Gläubigern der Übertragerin (§ 303 Anm. IV b).

d. **Erfolgen der Erhöhung.** Es gelten die allgemeinen Regeln; vgl. § 278 Anm. II. Über den zweckmäßigen Zeitpunkt der Durchführung der Erhöhung vgl. unten Anm. V 9.

e. **Anmeldung des Erfolgtseins.** Die allgemeinen Regeln (§§ 284, 285) gelten mit der Maß

stehend zu 1 hervorgehobenen Abweichung und mit den nachstehend zu 2—4 aufgeführten Klarstellungen:

1. Keine Zeichnung der neuen Grundkapitalanteile (§ 281) ist erforderlich, und mithin sind auch keine Zeichnungsscheine und kein Verzeichnis der Zeichner (§ 284 Abs. 2 Nr. 1) einzureichen (§ 305 Abs. 1).
2. Keine vorherige Leistung der versprochenen Einlage. D. 168 nennt als Abweichung von den gewöhnlichen Erhöhungsvorschriften auch, daß im Fall des § 305 dem Registergericht nicht die „Einzahlung des erhöhten Kapitals" nachgewiesen zu werden brauche. Dies (a. M. Staub⁸-Pinner Anm. 17) hat im Gesetz Ausdruck gefunden durch Anführung auch des § 284 Abs. 3 (vgl. auch § 284 Abs. 2 Nr. 1) als unanwendbar im Fall des § 305. Nimmt man jedoch an, daß die Vorschriften des im § 284 Abs. 3 in bezug genommenen § 195 Abs. 3 über Einzahlungen und die in § 284 Abs. 2 Nr. 1 enthaltene Vorschrift über denselben Gegenstand überhaupt nur auf Bareinlagen anwendbar sind (§ 284 Anm. IIe 2), so liegt in der Nichtanwendbarkeit jener Vorschriften im Fall des § 305 keine Abweichung von anderen Fällen einer Erhöhung bei Nichtbareinlage.
3. Beifügung des „Vertrags" (§ 305 Anm. Ib, § 186 Anm. IIc) über die Vermögensübertragung ist vorgeschrieben (§ 305 Abs. 2). Dies folgt, da im Fall des § 305 stets eine Nichtbareinlage vorliegt (oben Anm. IIIb 2), bereits aus § 284 Abs. 2 Nr. 2. Der § 305 Abs. 2 setzt hinzu, daß der Vertrag nicht in Urschrift eingereicht zu werden brauche, sondern daß auch die Einreichung einer öffentlich beglaubigten Abschrift genüge. Auch hierin liegt jedoch wohl keine sachliche Abweichung von § 284 Abs. 2 Nr. 2, denn einerseits wird allgemein die Einreichung von Abschriften statt der Urschriften einzureichender Schriftstücke zuzulassen sein, andererseits wird selbst in denjenigen Fällen, in denen die Urschrift formlos sein darf (§ 12 Anm. IV), die öffentliche Beglaubigung der statt dessen eingereichten Abschrift gefordert werden müssen. — Der § 305 Abs. 2 hebt endlich hervor, daß der eingereichte Vertrag „von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigt" sein muß. Auch dies ist selbstverständlich, da vor dem Zustimmungsbeschluß jener Generalversammlung keine Bindung auf Seiten der Übertragerin, mithin kein „Vertrag", sondern höchstens ein Vertragsentwurf vorliegen würde. Das Generalversammlungsprotokoll, aus welchem sich der Zustimmungsbeschluß ergibt, ist beizufügen. „Genehmigt" steht ungenau statt „zugestimmt" (§ 303 Anm. IIa 3). Für den Fall gleichzeitiger Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses und des Erfolgtseins der Erhöhung (§ 285) wird trotz des Wortlauts des § 305 Abs. 2 („genehmigt", „Vertrag", „aufgelöst") für genügend zu erachten sein, wenn nach dem Inhalt des betreffenden Zustimmungsbeschlusses (z. B. weil er aufschiebend durch die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses bedingt ist; oben Anm. II) der Übertragungsvertrag spätestens mit der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses (und der gleichzeitigen Eintragung der erfolgten Erhöhung) bindend für die Übertragerin wird. — Über die Strafbarkeit wissentlich falscher Angaben vgl. § 313 Anm. IIId 5.
4. Keine Erzwingung durch Ordnungsstrafen. Daß auch im Fall des § 305, ebenso wie in anderen Fällen von Anmeldung einer erfolgten Erhöhung (§ 284 Anm. IIc), die Anmeldung zum Register des Sitzes nicht durch Ordnungsstrafen erzwingbar ist (vgl. § 175 Anm. IIIc, 277 Anm. Ic), ist ausdrücklich hervorgehoben in § 319 Abs. 2.

IV. **Umtausch der Mitgliedscheine.** Nicht notwendig tritt ein Umtausch ein; vielmehr können die neuen Mitgliedscheine der Übernehmerin ausgegeben, die alten Mitgliedscheine der Übertragerin aber trotzdem in den Händen der Aktionäre gelassen werden. Statt Umtausches kann auch Stempelung oder ein anderes Verfahren angewendet werden; hierauf ist § 305 Abs. 3 entsprechend anwendbar. Im Fall des § 305 ist Stempelung statt Umtauschs zweckmäßiger, da hier — abweichend vom Fall des § 306 — nachträgliche Generalversammlungen nicht vollständig ausgeschlossen sind. Ist im Übertragungsvertrag bedungen (oben Anm. If 2), daß die Übernehmerin die neuen Aktienurkunden an die übertragende Gesellschaft auszuhändigen hat, so ist nur die Übertragerin zur Durchführung des Verfahrens gemäß § 290 berechtigt; dagegen sowohl die Übertragerin wie auch die Übernehmerin, wenn bedungen ist,

daß die Aktienurkunden unmittelbar von der Übernehmerin an die Aktionäre der Übertragerin ausgehändigt werden sollen. In D. 168 ist zwar vorausgesetzt, daß nur der *Übernehmerin* die Rechte aus § 305 Abs. 3 zustehen; im Gesetz ist dies jedoch nicht zum Ausdruck gekommen. Die Rechte aus § 305 Abs. 3 folgen unmittelbar aus dem Gesetz; sie brauchen daher im Übertragungsvertrag nicht erwähnt zu werden (Staub[8]-Pinner Anm. 10). Voraussetzung ist im § 305 Abs. 3 nicht, daß eine *Verminderung* der Zahl der Mitgliedscheine eintritt; der § 290 ist vielmehr auch anwendbar, wenn eine *Vermehrung* erfolgt (zust. Ring Nr. 8), jedoch so, daß die Zahl der neuen Mitgliedscheine nicht ohne Bruchteil durch die Zahl der alten teilbar ist.

V. **Reihenfolge bei Vornahme der einzelnen Maßregeln.** Die nachstehende Reihenfolge ist zu empfehlen:

1. „*Übertragungsvertrag*" (§ 305 Anm. Ib) ist zwischen dem Vorstand bzw. den Liquidatoren der Übertragerin und dem Vorstand der Übernehmerin festzustellen und in gerichtlicher oder notarieller Form (§ 303 Anm. IVa) zu beurkunden. Zweckmäßig wird im Vertrag bedungen, daß die Bindung erlischt, falls die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses nicht binnen bestimmter Frist erfolgt ist (oben Anm. IIIa).
2. *Zustimmungsbeschluß* (§ 303 Anm. II) ist seitens der Generalversammlung der Übertragerin zu fassen. Zweckmäßig wird der Beschluß als ein durch die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses betagter oder als ein durch dessen Nichteintragung binnen bestimmter Frist auflösend bedingter gefaßt (oben Anm. II).
3. *Beschluß über Erhöhung des Grundkapitals* (oben Anm. IIIb) ist zu fassen unter Beachtung der Vorschriften des § 279 (oben Anm. IIIb 2). Staub[8]-Pinner Anm. 21. Ring Nr. 10 empfehlen in erster Reihe zuerst den Erhöhungsbeschluß (zu 3) und erst dann den (unbedingten) Zustimmungsbeschluß (zu 2) zu fassen, um eine möglicherweise unnütze Auflösung der übertragenden Gesellschaft zu verhindern; auch diese Reihenfolge ist zulässig, da es genügen muß, wenn das in § 279 vorausgesetzte „Abkommen" auch für die Übertragerin erst bei Eintragung des Erhöhungsbeschlusses unbedingt bindend wird.
4. *Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses* (oben Anm. IIIc).
5. *Auflösung der übertragenden Gesellschaft ist anzumelden*, falls nicht etwa schon früher die Auflösung erfolgt und angemeldet war (§ 303 Anm. IIIa). Die Auflösung wirkt aber auch ohne Anmeldung (§ 293 Anm. IV). Der Zustimmungsbeschluß als *solcher* ist nicht anzumelden (Goldmann Nr. 3; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 15). Ist der Zustimmungsbeschluß unbedingt, so ist bei Ordnungsstrafe (§ 14) die Anmeldung unmittelbar nach dem Zustimmungsbeschluß zu bewirken, selbst wenn ein Erhöhungsbeschluß noch nicht gefaßt ist.
6. *Gläubigerschutzvorschriften* sind zu erledigen.
7. *Übertragung der einzelnen Vermögensstücke* an die Übernehmerin ist zu bewirken.
8. *Umtausch der Mitgliedscheine*, der etwa unmittelbar durch die Übernehmerin durchzuführen, ist zu veranlassen.
9. *Erhöhung des Grundkapitals ist auf Grundkapitalkonto zu buchen* (§ 27 Anm. IId, f 1). Doch hat das hierin liegende Erfolgen der Erhöhung keine Wirkung, bevor das Erfolgtsein eingetragen ist (§ 287 Anm. III).
10. *Erfolgtsein der Erhöhung ist anzumelden* (oben Anm. IIIe). Die Anmeldung beim Registergericht des Sitzes ist allerdings nicht erzwingbar durch Ordnungsstrafen (oben Anm. IIIe 4). Das Erfolgtsein wirkt erst nach Eintragung (§ 287 Anm. III). Es ist zweckmäßig, das Erfolgtsein der Erhöhung nicht früher als vor Erledigung der Maßregeln zu 7 und 8 anzumelden, da von dem Zeitpunkt der Eintragung des Erfolgtseins ab die Anteilberechtigung (mithin auch das Stimmrecht) bezüglich der neuen Anteile endgültig wirksam wird (Staub[8]-Pinner Anm. 21). *Zulässig* ist aber auch die Abgabe dieser Erklärung bereits *vor* den Maßregeln zu 5—8, z. B. durch Anmeldung des Erfolgtseins gleichzeitig mit Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses (§ 285).
11. *Erlöschen der Firma der Übertragerin ist anzumelden* (§ 302 Anm. III).

§ 306.

Ausschluß der Liquidation bei Übertragung gegen Aktiengewährung.

Ist im Falle des § 305 vereinbart, daß eine Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft nicht stattfinden soll, so finden die Vorschriften des § 304 entsprechende Anwendung; außerdem gelten die folgenden besonderen Vorschriften.

Das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft ist durch die übernehmende Gesellschaft getrennt zu verwalten.

Der bisherige Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft bleibt bis zur Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften bestehen.

Bis zu demselben Zeitpunkte gilt im Verhältnisse der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft.

Die Vereinigung der beiden Vermögen darf erst erfolgen, nachdem die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft von der anderen Gesellschaft nach Maßgabe des § 297 zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert worden sind, und nur unter Beobachtung der nach § 301 für die Vertheilung des Vermögens unter die Aktionäre geltenden Vorschriften.

Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths der übernehmenden Gesellschaft sind den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft für die Ausführung der getrennten Verwaltung als Gesammtschuldner verantwortlich, die Mitglieder des Aufsichtsraths jedoch nur, soweit eine Vereinigung der Vermögen beider Gesellschaften mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt.

ADH. Art. 247. **Entw. I** § 279. **Entw. II** § 297.

I. **Zulässigkeit eines Ausschließens der Liquidation.** Vgl. § 304 Anm. I. Der freien Vereinbarung der Übertragerin mit der Übernehmerin ist überlassen, ob die Liquidation der Übertragerin ausgeschlossen werden soll (D. 167). Nur wenn eine dahingehende Vereinbarung erfolgt ist, kommt § 306 zur Anwendung; andernfalls ist § 303 Abs. 3 (§ 305) maßgebend.

II. **Voraussetzung des § 306** ist, daß der Fall des § 305 vorliegt, und daß außerdem die Ausschließung der Liquidation vereinbart ist.

a. **Der Fall des § 305** ist die Übertragung des Vermögens einer AG. als Ganzes an eine andere AG. oder an eine KAG. gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft. Hierüber vgl. § 305 Anm. I.

b. **Ausschließung der Liquidation.** Vgl. § 304 Anm. II. Ob die Vereinbarung über Ausschließung der Liquidation ein wirklicher Vertrag oder nur ein Teil des Beitrittsabkommens (§ 305 Anm. I b) ist, hängt davon ab, ob er im Einzelfall als selbständiger Vertrag (z. B. nach durchgeführter Erhöhung bei der Übernehmerin und begonnener Liquidation der Übertragerin; § 304 Anm. II) oder als Teil des „Übertragungsvertrags“ geschlossen ist.

III. **Bei Einlegung des Gesellschaftsvermögens einer AG. gegen Aktiengewährung unter Liquidationsausschluß anzuwendende Vorschriften.**

a. **Die Vorschriften des § 304 Abs. 2—4 sind entsprechend anzuwenden** (§ 306 Abs. 1):

1. Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft. Über die Zustimmung zum Übertragungsabkommen vgl. § 303 Anm. II (§ 304 Abs. 2 „auch“). Über die Zustimmung zum Liquidationsausschluß vgl. § 304 Anm. III.

2. Wirkungen des Ausschließungsabkommens, insbesondere Gesamtnachfolge. Vgl. § 304 Anm. IV.

3. Anmeldung des Ausschließungsbeschlusses. Vgl. § 304 Anm. V. Der § 304 Abs. 3 schreibt vor, daß „der mit dem Übernehmer abgeschlossene Vertrag in Urschrift oder

in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen" ist. Diese Vorschrift verfolgt den Zweck zu verhindern, daß im Register der Übertragerin der Ausschließungsbeschluß zur Eintragung gelangen kann, bevor nachgewiesen ist, daß auch die Übernehmerin gebunden ist. Da aber im Fall des § 306 die Übernehmerin erst gebunden ist, sobald zu der Feststellung des Übernahmeabkommens die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses hinzugekommen ist (§ 305 Anm. IIIa), und da die Eintragung des Ausschließungsbeschlusses als die für den Eintritt der Gesamtnachfolge entscheidende der anderen nachfolgen muß, wird eine entsprechende Anwendung des § 304 Abs. 3 dahin gehen, daß bei Anmeldung des Ausschließungsbeschlusses zum Register der Übertragerin nicht nur das Übertragungsabkommen als geschlossen, sondern auch die erfolgte Eintragung des Erhöhungsbeschlusses als geschehen oder gleichzeitig erfolgend nachgewiesen wird (zust. Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 4; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 6). D. 167 bemerkt: „Da die Eintragung einen für beide Gesellschaften bindenden Vertrag voraussetzt, so bedarf es keiner besonderen Vorschrift dahin, daß die Eintragung nur geschehen kann, wenn sowohl der Generalversammlungsbeschluß der aufgelösten Gesellschaft als der durch die Erhöhung des Grundkapitals der anderen Gesellschaft bedingte Genehmigungsbeschluß der Generalversammlung dieser Gesellschaft bei dem Registergericht angemeldet sind. Das Registergericht hat die Rechtsgültigkeit beider Beschlüsse zu prüfen und demnächst die Eintragung für beide Gesellschaften gleichzeitig vorzunehmen." Hier ist der Fall vorausgesetzt, daß für beide Gesellschaften dasselbe Registergericht zuständig ist. Sind verschiedene Registergerichte zuständig, so ergibt sich aus der oben befürworteten entsprechenden Anwendung des § 304 Abs. 3, daß zuerst der Erhöhungsbeschluß im Register der Übernehmerin und erst dann der Liquidationsausschließungsbeschluß im Register der Übertragerin eingetragen werden muß.

b. **Die Vorschriften des § 305 sind anzuwenden,** soweit sie neben der entsprechenden Anwendung des § 304 bestehen können. Denn der § 306 ist nur ein Unterfall des § 305 und bestimmt — außer soweit die Bezugnahme auf § 304 eingreift — nichts von § 305 Abweichendes.

1. Wirkungen für die übernehmende Gesellschaft. Vgl. § 305 Anm. III. Da, wenn der Ausschließungsvertrag Teil des Übertragungsvertrags oder gleichzeitig geschlossen ist, im Zweifel als Absicht der Parteien angesehen werden muß, daß auch die erteilte Zustimmung der Generalversammlung zum Übertragungsvertrag aufschiebend durch die Eintragung der Liquidationsausschließung bedingt sein soll (§ 304 Anm. II), so folgt, daß — abweichend vom Fall des § 305 (§ 305 Anm. IIIc) — die Wirkungen des Übertragungsvertrags für die Übernehmerin, insbesondere deren Haftung gegenüber den Gläubigern der Übertragerin, in der Regel nicht schon mit der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses, sondern erst mit der hinzutretenden Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses eintreten. (Die Ansicht von Staub[8]-Pinner Anm. 12 und Ring Nr. 4, welche die Wirkung sogar erst mit der Eintragung des Erfolgtseins der Erhöhung eintreten lassen wollen, ist abzulehnen; denn der zu entsprechender Anwendung kommende § 304 Abs. 5 knüpft den Vermögensübergang ausdrücklich an die Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses, und das Erfolgen der Erhöhung enthält nur eine Ausführung des bereits abgeschlossenen Vertrags, keine Abschlußerklärung). Mit dem Zeitpunkt der Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses beginnt dann nicht nur die beschränkte Haftung aus BGB. § 419 (oben § 303 Anm. IVb), sondern die unbeschränkte aus HGB. § 304 Abs. 5 (§ 304 Anm. IVd 3). Aus derselben Auslegung des Zustimmungsbeschlusses zum Übertragungsvertrag als eines durch Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses aufschiebend bedingten folgt aber ferner, daß es im Fall des § 306 für die Anmeldung des Erfolgtseins der Erhöhung nicht genügt, den Übertragungsvertrag beizufügen, sondern daß auch das bereits früher erfolgte oder spätestens gleichzeitig erfolgende Eintreten der Bedingung, die Eintragung des Liquidationsausschlusses, nachgewiesen werden muß; andernfalls würde der Zweck der Vorschrift des § 305 Abs. 2 vereitelt, die Eintragung des Erfolgtseins nicht vor dem Nachweis des Gebundenseins der Übertragerin zuzulassen (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 10).

2. Umtausch der Mitgliedscheine. Vgl. § 305 Anm. IV. Findet der Umtausch erst

nach Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses statt, so kann — abweichend vom Fall des § 305 — nur die Übernehmerin den Umtausch bewirken, da die Persönlichkeit der Übertragerin erloschen ist (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 5, 23; dahingestellt RG. **41** 86).

c. **Die Gläubigerschutzvorschriften des § 306 Abs. 2—6.**

1. Getrennte Verwaltung (§ 306 Abs. 2). Der Abs. 2 bestimmt über die tatsächliche Trennung, der Abs. 4 über die rechtliche Trennung. Erstere soll vollständig, letztere nur in gewissen Beziehungen fortbestehen. — Die durch Gesamtnachfolge übergegangene Vermögensmasse ist fortan Gesellschaftsvermögen der Übernehmerin. Der Begriff einer getrennten Verwaltung wird weder hierdurch berührt, noch dadurch, daß nach den im Einzelfall etwa getroffenen Vereinbarungen sämtliche Aktionäre ohne Unterscheidung Anteil haben an dem bei der Verwaltung der mehreren Vermögensmassen entstehenden Gewinn oder Verlust, oder in bezug auf jede der Massen Beschließungsrechte ausüben (RG. **9** 19). Wesentlich ist aber sowohl eine Sonderung in der Buchführung wie auch außerdem ein körperliches Getrennthalten oder wenigstens Unterscheidbarhalten der zu den verschiedenen Massen gehörenden Sachen. — Während der getrennten Verwaltung ist der Gewinnüberschuß der besonderen Bilanz der Sondermasse in die Bilanz der Übernehmerin einzusetzen; er hat dort bis zur Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften des § 306 Abs. 5 die Eigenschaft eines notwendigen (vgl. § 289 Anm. IV d), von da ab bis zur Vereinigung (unten Anm. IV) die Eigenschaft eines freiwilligen Reservefonds.
2. Gerichtsstand (§ 306 Abs. 3). Nach dem Wortlaut des § 306 Abs. 3 bleibt zweifelhaft, ob der Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft nur als wahlweiser bestehen bleibt. Staub[8]-Pinner Anm. 18, Ring Nr. 9, Goldmann Nr. 9 bejahen dies; indessen wird man sich wohl für Verneinung zu entscheiden haben. Einerseits wird anzunehmen sein, daß durch die Vorschrift des § 306 Abs. 3 der Umfang der im bisherigen Gerichtsstand einklagbaren Ansprüche nicht vergrößert werden sollte, andererseits aber, daß bezüglich derjenigen Ansprüche, die sich auf das übernommene Vermögen beschränken, ein neuer Gerichtsstand auch nicht wahlweise neben den bisherigen gesetzt werden sollte. Aus ersterem Gesichtspunkt würde folgen, daß Schuldklagen, wenn sie keine Beschränkung auf Vollstreckung in das übernommene Vermögen enthalten, nur im Gerichtsstand der Übernehmerin angestellt werden können. Aus letzterem Gesichtspunkt wäre abzuleiten, daß Schuldklagen, welche die erwähnte Beschränkung enthalten, nur — soweit kein besonderer Gerichtsstand (CPO. §§ 20 ff.) vorhanden — im Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft geltend gemacht werden können; ebenso bezüglich Anfechtungsklagen im Fall des § 308; ebenso auch bezüglich eines auf das übernommene Vermögen beschränkten Konkursverfahrens.
3. Rechtlich getrenntes Fortbestehen des übernommenen Vermögens (§ 306 Abs. 4). Der getroffenen Regelung liegt die Anschauung zu grund, daß im Verhältnis zu den Gläubigern der Übertragerin bis zur Vereinigung der Vermögen die Rechtspersönlichkeit der aufgelösten Gesellschaft durch die neue Gesellschaft fortgesetzt werde (RG. 9 18). Die Bestimmung des § 306 Abs. 4 bezweckt, den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem getrennt verwalteten Vermögen zuzugestehen (D. 168). Im Konkurs der Übernehmerin sind die Regeln über Aussonderung (KO. §§ 43 ff. vgl. auch KO. §§ 16, 51) anzuwenden (zust. Ring Nr. 10, Goldmann Nr. 10, Staub[8]-Pinner Anm. 19; abw. Staub[7] Anm. 16). Außerhalb des Konkurses (vgl. D. 168) entsprechend die Regeln über Widerspruch eines Dritten gegen die Zwangsvollstreckung auf Grund eines die Veräußerung hindernden Rechts (CPO. § 771; zust. Ring Nr. 10, Staub[8]-Pinner Anm. 19; dagegen Staub[7] Anm. 16). Hierbei kann auch der Dritte im vorliegenden Fall durch die Behörden des Schuldners vertreten werden, da diese durch Personenvereinigung auch Vertreter des Sondervermögens sind (zust. Ring Nr. 10, Goldmann Nr. 10). Für zulässig ist aber wohl auch zu erachten, daß jeder einzelne Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft als Kläger gemäß CPO. § 771 auftritt (Pinner Anm. IV 2 c, Staub[8]-Pinner Anm. 19; dagegen Staub[7] Anm. 16 Ring

Nr. 10; vgl. RG. 31 382). Auch die Eröffnung eines besonderen Konkursverfahrens über das Sondervermögen ist zulässig (KO. § 207 Abs. 2, D. 168), gleichgültig, ob auch über das sonstige Vermögen der Übernehmerin Konkurs eröffnet wird oder nicht. Gemeinschuldner auch im Sonderkonkurs ist aber die Übernehmerin (Staub[8]-Pinner Anm. 19, Ring Nr. 10; dagegen Jaeger[2] § 207 Anm. 2); deren Behörden sind die im Verfahren in Betracht kommenden Vertreter des Gemeinschuldners. Wird über das Vermögen der Übernehmerin Konkurs eröffnet, so bewirkt die hierdurch erfolgende Auflösung der Übernehmerin den Eintritt der Liquidation bezüglich des Sondervermögens; an die Stelle der Verteilung des Überschusses an die Aktionäre tritt dessen Ausantwortung an die Haupt-Konkursmasse. Das Recht der Gläubiger der Übertragerin auf vorzugsweise Befriedigung besteht nicht nur gegenüber den bei Eintritt der Gesamtnachfolge (§ 304 Abs. 5) bereits vorhandenen, sondern auch gegenüber den erst später hinzukommenden Gläubigern der Übernehmerin (D. 168). — Umgekehrt dagegen sind die Gläubiger der Übertragerin außerhalb des Konkurses über das Hauptvermögen der Übernehmerin berechtigt, sich unbeschränkt auch an dies Hauptvermögen zu halten (§ 304 Anm. IV d 3), ohne daß sie zunächst an das Sondervermögen verwiesen werden können (ebenso Ring Nr. 10, Staub[8]-Pinner Anm. 19; dagegen Staub[7] Anm. 16); ist Konkurs sowohl über das Hauptvermögen der Übernehmerin wie auch über das Sondervermögen eröffnet, so ist KO. § 212 entsprechend anwendbar.

4. Aufgebot der Gesellschaftsgläubiger und Sperrzeit (§ 306 Abs. 5). Die Übernehmerin hat das Aufgebot nach näherer Maßgabe des § 297 zu erlassen. Bezüglich der Sperrzeit ist auch hier zu beachten, daß sie erst endet, wenn beide Voraussetzungen, Zeitablauf und Berichtigung, Hinterlegung oder Sicherstellung des Geschuldeten, erfüllt sind (§ 301 Anm. II).

5. Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der Übernehmerin für getrennte Verwaltung (§ 306 Abs. 6). Der § 306 Abs. 6 bestimmt nur über die Haftung gegenüber den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft. Die Haftung ist nicht wie im § 241 Abs. 4 Satz 1 als eine nur ergänzende gestaltet. In der Regel wird durch derartige gesetzwidrige Handlungen des Vorstands auch die Übernehmerin selbst haftbar werden (BGB. § 31; vgl. HGB. § 125 Anm. I d, § 231 Anm. IV; vgl. auch BGB. § 817); dann haftet sie als Gesamtschuldnerin mit den haftenden Gesellschaftsbeamten. Die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder ist in § 306 Abs. 6 entsprechend dem § 249 Abs. 3 Satz 1 begrenzt. Der § 241 Abs. 4 Satz 2 sowie die Verjährungsvorschriften des § 241 Abs. 5 und § 249 Abs. 4 sind für entsprechend anwendbar zu erachten (dagegen Ring Nr. 12). Für die Haftung der Gesellschaftsbeamten gegenüber der Gesellschaft sind die allgemeinen Vorschriften des § 241 Abs. 1, 2, § 249 Abs. 1, 2 maßgebend.

IV. **Vereinigung der beiden Vermögen.** Bis zu dieser Vereinigung soll die getrennte Verwaltung (Abs. 2), der bisherige Gerichtsstand (Abs. 3) und eine gewisse rechtliche Trennung der Vermögensmassen (Abs. 4) fortbestehen. Der Abs. 5 gibt eine Vorschrift über den Zeitpunkt der Vereinigung, und Abs. 6 sichert die Einhaltung dieser Zeitgrenze. Die Vereinigung besteht nicht in einer Rechtsübertragung, vielmehr nur in dem tatsächlichen Aufhören der Verwaltungstrennung. — Der Abs. 5 bestimmt nichts darüber, wann die Vereinigung eintritt, sondern nur darüber, wann sie frühestens eintreten darf (ebenso Pinner Anm. IV 2b, Ring Nr. 11, Goldmann Nr. 11, Staub[8]-Pinner Anm. 20). Die gegenteilige Ansicht (Staub[7] Anm. 17), daß nach Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften des § 301 die Vereinigung „gesetzlich als erfolgt gilt“, da man der übernehmenden Gesellschaft nicht überlassen könne, dauernd die getrennte Verwaltung aufrechtzuerhalten, würde dem Wortlaut des Abs. 5 widersprechen, auch nicht weiter führen, da es im Belieben der Gesellschaft liegt, wann sie die Vorschriften des § 301 erfüllen will. Durch eine übermäßig andauernde getrennte Verwaltung kann auch kein Schaden entstehen. Ist die Übernehmerin zahlungsfähig auch ohne Zuhilfenahme des Überschusses der Sondermasse, so haben die Gläubiger der ersteren kein Interesse an der Vereinigung; ist die Übernehmerin zahlungsunfähig, so können ihre Gläubiger dann

Bewirkung der Konkurseröffnung die Liquidation der Sondermasse (oben Anm. III c 3) und Einziehung des Überschusses durch den Konkursverwalter herbeiführen.

V. **Reihenfolge bei Vornahme der einzelnen Maßregeln.** Unter der Voraussetzung, daß im Übertragungsvertrag oder gleichzeitig die Ausschließung der Liquidation vereinbart wird, ist nachstehende Reihenfolge zu empfehlen:

1. Feststellung des Übertragungsvertrags mit Ausschließungsvereinbarung in gerichtlicher oder notarieller Form zwischen den beiderseitigen Vorständen bezw. Liquidatoren; zweckmäßig unter Begrenzung der Bindung durch Setzung einer Frist für Eintragung des Erhöhungsbeschlusses. Vgl. § 305 Anm. V 1.
2. Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der Übertragerin zum Übertragungsvertrag mit Ausschließungsvereinbarung; auch soweit der Übertragungsvertrag in Betracht kommt, im Zweifel stillschweigend (oben Anm. III a 3) und daher zweckmäßig ausdrücklich betagt durch Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses.
3. Erhöhungsbeschluß der Übernehmerin. Vgl. § 305 Anm. V 3. Der Erhöhungsbeschluß kann auch vor dem Zustimmungsbeschluß (zu 2) gefaßt werden (§ 305 Anm. V 3), jedoch nicht (was Pinner Anm. III annimmt) nur vor jenem.
4. Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses. Vgl. oben Anm. III b 1.
5. Anmeldung des Liquidationsausschließungsbeschlusses und der Auflösung der Übertragerin. Vgl. oben Anm. III a 3.
6. Anmeldung des Erfolgtseins der Erhöhung. Vgl. § 305 Anm. V 9, 10.
7. Etwaiger Umtausch der Mitgliedscheine (oben Anm. III b 2), Aufgebot der Gesellschaftsgläubiger und Berichtigung, Hinterlegung oder Sicherstellung des Geschuldeten (oben Anm. III c 4).
8. Aufhebung der getrennten Verwaltung nach Ablauf der Sperrzeit (oben Anm. IV).

Ist für die Sitze der Übertragerin und der Übernehmerin dasselbe Registergericht zuständig, so ist es zweckmäßig, die Anmeldungen zu 4, 5 und 6 zu verbinden. Notwendig ist dies aber nicht (a. M. Pinner Anm. III, der nicht beachtet, daß § 305 Abs. 2 sich nicht auf die Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses bezieht).

IV. Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft (§ 307).

§ 307.

Ist eine Aktiengesellschaft zum Zwecke der Veräußerung ihres Vermögens im Ganzen oder zum Zwecke der Umwandlung in eine andere Gesellschaft aufgelöst worden, so kann, wenn der beabsichtigte Zweck nicht erreicht wird, die Generalversammlung die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen.

Das Gleiche gilt in dem Falle, daß die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst, der Konkurs aber nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt worden ist.

Die Fortsetzung der Gesellschaft ist von dem Vorstande zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** § 298.

I. **Begriff der Fortsetzung.** Vgl. § 131 Anm. III a. Die fortgesetzte Gesellschaft ist dieselbe Rechtspersönlichkeit wie die bisherige. Sie verbleibt daher in allen für die bisherige Gesellschaft bereits begründeten Rechtsverhältnissen, sowohl in den vor, wie in den nach Auflösung geschaffenen. Sie muß insbesondere auch die Handlungen der Liquidatoren bzw. des Konkursverwalters gegen sich gelten lassen (D. 169) und haftet für die im Zwangsvergleich vereinbarte Vergleichssumme (RG. 28 133). — Zu unterscheiden von dem als „Fortsetzung" bezeichneten

und im § 307 allein behandelten Fall der Fortsetzung nach Auflösung ist der Fall eines Durchdringens der Anfechtungsklage gegen einen Beschluß, der die Auflösung ausspricht oder der die Auflösung zur unmittelbaren Folge hat, insbesondere auch im Fall des § 308. In diesen Fällen wird zwar auch die frühere Gesellschaft fortgesetzt, aber mit rückwirkender Kraft, so daß sie als niemals aufgelöst gewesen gilt. Ähnlich auch im Fall der Aufhebung des Konkursverfahrens infolge Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß.

II. **Zulässigkeit.**

a. **Regel.** Als Regel kann bei der AG. die einmal eingetretene Auflösung nicht wieder rückgängig gemacht werden (D. 169). Dies folgt zwar aus dem Wortlaut des § 307 ebensowenig wie für die offene Handelsgesellschaft aus § 144; es ist jedoch daraus abzuleiten, daß andernfalls auf diesem Weg öffentlichrechtliche Vorschriften des Aktienrechts, insbesondere das Verbot der Rückzahlung von Grundvermögen, umgangen werden könnten. Wegen dieses öffentlichrechtlichen Gesichtspunkts ist daher — abweichend vom Fall der offenen Handelsgesellschaft (§ 131 Anm. III b) — eine Fortsetzung in der Regel selbst dann nicht möglich, wenn alle Aktionäre zustimmen. Keine Fortsetzung liegt auch in einer stillschweigenden Fortführung des Betriebs nach Zeitablauf (§ 292 Anm. I a 2) oder in einer Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform (§ 292 Anm. I e 2). In allen solchen Fällen kann der wirtschaftliche Erfolg einer Fortsetzung nur auf dem Weg einer Neugründung unter Einlegung oder sonstiger Übertragung des Vermögens der alten Gesellschaft erreicht werden (§ 305 Anm. I e, Staub-Pinner Anm. 2, 3).

b. **Ausnahmefälle** sind nur (oben Anm. II a) die in § 307 Abs. 1 und 2 aufgeführten. Vorausgesetzt ist in beiden Fällen ausdrücklich, daß die Auflösung erst zu dem betreffenden Zweck erfolgt ist; war die Auflösung schon vorher erfolgt, so kann durch Fortsetzungsbeschlüsse nur die Fortsetzung der Liquidation erreicht werden; doch ist, um diesen Erfolg zu erreichen, ein ausdrücklicher Beschluß wohl überhaupt entbehrlich (Staub-Pinner Anm. 9).

1. „Auflösung einer AG. zum Zweck der Veräußerung ihres Vermögens im ganzen oder zum Zweck der Umwandlung in eine andere Gesellschaft." Selbst wenn unter letzteren Worten die Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform verstanden sein sollte, fällt doch auch dies unter den Fall des § 303 (§ 303 Anm. I b). Auch die übrigen Fassungsverschiedenheiten sind bedeutungslos (§ 303 Anm. I a); der § 307 Abs. 1 behandelt lediglich denselben Fall wie der § 303. Eingeschlossen ist daher insbesondere auch eine versuchte Verstaatlichung (§ 304) und eine versuchte Einlegung des Gesellschaftsvermögens als Ganzes in eine andere AG. oder KAG. (§§ 305, 306) oder GmbH. (D. 169, GmbHG. §§ 80, 81, RG. 28 XII 99 RGZ. 19 13). Ein Fortsetzungsbeschluß ist nur zulässig, wenn bereits feststeht, daß der beabsichtigte Zweck nicht erreicht wird, d. h. nicht erreicht werden kann (Staub-Pinner Anm. 8). Beispiele solches Nichterreichens des beabsichtigten Zwecks bei Staub-Pinner Anm. 4. Über die Frage, in welchem Zeitpunkt der „Zweck erreicht" ist, also die Möglichkeit eines Fortsetzungsbeschlusses aufhört, vgl. Pinner Anm. II 1.

2. Auflösung durch Konkurseröffnung mit folgender Konkursaufhebung infolge Zwangsvergleichs oder mit folgender Konkurseinstellung. Die Aufhebung des Konkurses durch Zwangsvergleich und die Einstellung des Konkurses auf Antrag des Gemeinschuldners bewirken, da die Gesellschaft zunächst aufgelöst bleibt (§ 292 Abs. 1 Nr. 3), das Eintreten der Liquidation. Wird daher binnen mäßiger Frist nicht die Fortsetzung der AG. beschlossen, so sind nunmehr durch den bis zum Ende des Konkurses als Vertretungsbehörde im Amt gebliebenen (§ 292 Anm. I c 3) Vorstand die Liquidatoren anzumelden (§ 296, D. 169). Liquidation tritt auch ein, falls ein eröffnet gewesener Konkurs demnächst mangels Masse (KO. § 204) eingestellt wird (Pinner Anm. II 2). Erfolgt die Beendigung des Konkurses durch Ausschüttung der Masse, so ist damit Vollbeendigung der AG. eingetreten (§ 292 Anm. II, § 302 Anm. I), so daß daran nicht mehr eine Liquidation anknüpft. Nachträglich freiwerdende Beträge sind, solange die Konkursforderungen nicht voll gedeckt sind, gemäß KO. § 166 zu verteilen; für eine Anwendung des HGB. § 302 Abs. 4 ist in diesem Fall kein Raum (ebenso Ring Nr. 3; dagegen Staub-

Pinner Anm. 11). Verbleibt nach Ausschüttung der Masse und voller Deckung der Konkursforderungen ein Überschuß in der Hand des Konkursverwalters, so beginnt nunmehr eine Liquidation der AG. gemäß §§ 295 ff.; hatte schon vor Konkurseröffnung die Liquidation begonnen, so findet nunmehr Liquidationserneuerung gemäß § 302 Abs. 4 statt. Als Gläubiger sind nunmehr die Konkursgläubiger auch wegen der auf ihre Forderungen entfallenden Zinsen seit Konkurseröffnung bis zur Zahlung zu berücksichtigen. — Über den Konkurs der AG. vgl. § 292 Anm. I c.

III. **Fortsetzungsbeschluß.** Liegen die Voraussetzungen des § 307 Abs. 1 (insbesondere auch die Nichterreichbarkeit des Zwecks; oben Anm. II b 1) oder des § 307 Abs. 2 vor, so tritt die Fortsetzung der AG. doch nicht von Rechts wegen ein (D. 169); es ist vielmehr in den freien Willen der AG. gestellt, ob sie Fortsetzung beschließen oder die Liquidation eintreten lassen bzw. weiterführen will. Für den Fortsetzungsbeschluß genügt nach allgemeiner Regel (§ 251 Abs. 1) einfache Stimmenmehrheit, soweit die Satzung nichts Gegenteiliges bestimmt (ebenso Pinner Anm. II 3, Keyßner Anm. 1, Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 3, Staub[8]-Pinner Anm. 7). Rudorff zu Abs. 1 und Staub[7] Anm. 7 verlangen die erhöhte Mehrheit des § 292 Abs. 1 Nr. 2. Der von ihnen geltend gemachte Grund, daß im Beschluß des § 307 die Aufhebung eines gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2 gefaßten Beschlusses liege, versagt vollständig im Fall des § 307 Abs. 2, ist jedoch auch für den Fall des § 307 Abs. 1 nicht stichhaltig; ein gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2 gefaßter Beschluß kann überhaupt nicht, auch nicht mit erhöhter Mehrheit rückgängig gemacht werden (oben Anm. II a). Höchstens könnte es sich fragen, ob im Fall des § 307 Abs. 1 die (infolge Satzungsbestimmung möglicherweise abweichend von § 292 Abs. 1 Nr. 2 bestimmte) Mehrheit des § 303 einzuhalten wäre; aber auch dies ist zu verneinen, denn der Beschluß des § 307 Abs. 1 enthält keine willkürliche Aufhebung des Beschlusses des § 303, vielmehr eine neue, selbständige Entschließung, wie sie durch den neu hervorgetretenen Umstand der Nichterreichbarkeit des Zwecks erforderlich geworden ist; eine willkürliche Aufhebung, bevor die Nichterreichbarkeit sich ergeben hat, wäre auch mit erhöhter Mehrheit unzulässig.

IV. **Anmeldung.** Da die Auflösung der Gesellschaft infolge Vermögensübertragungsbeschlusses (§ 303 Anm. III a) und ebenso die Eröffnung, Aufhebung und Einstellung des Konkurses (§ 32) einzutragen sind, so ist auch die Anmeldung der Fortsetzung vorgeschrieben (D. 169). Ebenso wie die ersteren Eintragungen hat auch die Eintragung der Fortsetzung nur erklärende Wirkung (§ 15 Anm. II a; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 7, Pinner Anm. II 4, Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 4; dagegen CosackHR. § 119 V 1, Keyßner Anm. 4). Die letztere Eintragung macht die ersteren Eintragungen nicht entbehrlich, sondern kann erst nach diesen geschehen (KG. 28 XII 99 KGJ. 19 13). Anmeldepflichtig (§ 14) ist der zur Zeit der Anmeldung bestehende Vorstand in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§ 234 Anm. I c; vgl. § 293 Anm. I). Dem Registergericht sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Fortsetzungsbeschlusses nachzuweisen (§ 12 Anm. VI a 4); insbesondere daher im Fall des § 307 Abs. 1 die Nichterreichbarkeit des Zwecks, im Fall des § 307 Abs. 2 die Aufhebung des Konkurses infolge Zwangsvergleichs oder die Einstellung des Konkurses auf Antrag des Gemeinschuldners.

V. Anfechtung des Übertragungsbeschlusses nach Erlöschen der Firma (§ 308).

§ 308.

Ist die Firma einer Aktiengesellschaft durch den Uebergang ihres Vermögens auf eine andere Gesellschaft oder juristische Person ohne vorgängige Liquidation erloschen, so ist eine Anfechtung des den Uebergang betreffenden Beschlusses der Generalversammlung gegen die Rechtsnachfolgerin der aufgelösten Gesellschaft zu richten.

ADH. — **Entw. I** § 280. **Entw. II** § 299.

I. **Erlöschen der Firma durch liquidationslosen Übergang des Gesellschaftsvermögens.** Die Fälle einer Zulässigkeit des liquidationslosen Übergangs vgl. in § 304 Anm. I. In allen diesen Fällen erlischt mit Eintreten des Übergangs die Rechtspersönlichkeit der bisherigen Gesellschaft (§ 292 Anm. Ie), und dies hat auch das Erlöschen der bisherigen Firma zur Folge (so ausdrücklich § 304 Abs. 5, § 306 Abs. 1, nicht ausdrücklich GmbHG. § 81), falls nicht im Einzelfall letztere mitübergeht (§ 304 Anm. IVd 4). Sind die Beschlüsse, auf denen die entscheidenden Eintragungen beruhen, nichtig, so ist aber trotz äußeren Anscheins weder die Rechtspersönlichkeit untergegangen noch die Firma erloschen (§ 273 Anm. Ia). Die abgekürzte Fassung im Vordersatz des § 308 ist daher nicht ganz genau, wenngleich klar; gemeint ist, daß diejenige Eintragung erfolgt ist, die unter Voraussetzung der Gültigkeit des ihr zu grund liegenden Beschlusses den Übergang des Vermögens (und infolgedessen das Erlöschen der Rechtspersönlichkeit der bisherigen Gesellschaft, unter Umständen auch das Erlöschen der Firma) bewirken würde.

II. **„Den Übergang betreffender Beschluß.“** Hierunter ist sowohl der Übertragungsbeschluß (§ 303 Anm. II) wie auch der Liquidationsausschließungsbeschluß (§ 304 Anm. III) begriffen (D. 170: „Beschlüsse“). Der Fall des § 308 liegt vor, wenn auch nur einer jener Beschlüsse angefochten werden soll. Aber nur wenn die Anfechtung zu einer Zeit geschieht, zu welcher diejenige Eintragung bereits erfolgt ist, welche, wenn der ihr zu grund liegende Beschluß gültig wäre, den Übergang bewirken würde.

III. **Anfechtung.** Gemeint ist wohl nur eine Anfechtung auf Grund der §§ 271—273 (ebenso Ring; dagegen Pinner). Doch ist die Vorschrift wohl entsprechend auch auf andere Fälle der Anfechtung oder Nichtigkeitsklage anzuwenden. Ebenso auf ein Verfahren betr. Löschung von Amts wegen gemäß FGG. § 144 (Ring).

IV. **Folgen der Nichtigerklärung.** Vgl. § 273 Anm. I. Die Fragen, ob durch Nichtigerklärung des Übertragungsbeschlusses auch der entsprechende Erhöhungsbeschluß und, falls man dies bejaht, ob auch die auf Grund desselben ausgegebenen Aktienurkunden selbst in Händen redlicher Dritter nichtig werden, führen zurück auf die allgemeinen Fragen, welche Wirkung die Nichtigkeit einer Beitrittserklärung auf das Bestehen einer daraufhin erfolgten Eintragung als Aktiengesellschaft (§ 309 Anm. IIIb 2, D. 170), und welche Wirkung die Übertragung eines Anteilrechts durch einen Nichtberechtigten (§ 209 Anm. III) hat.

VI. Nichtigkeit der Gesellschaft (§§ 309—311).

§ 309.

Nichtigkeitsklage.

Enthält der Gesellschaftsvertrag nicht die nach § 182 Abs. 2 wesentlichen Bestimmungen oder ist eine dieser Bestimmungen nichtig, so kann jeder Gesellschafter und jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths im Wege der Klage beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde. Die Vorschriften der §§ 272, 273 finden entsprechende Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 281. **Entw. II** § 300.

I. Verstoß gegen § 182 Abs. 2.
II. Nichtigkeitsklage.
III. Nichtigkeit aus sonstigem Grund.
IV. Löschung von Amts wegen.

I. **Fehlen oder Nichtigkeit einer nach § 182 Abs. 2 wesentlichen Satzungsbestimmung.** Nur auf diesen Fall der Nichtigkeit einer AG. beziehen sich die §§ 309—311; über andere Fälle der Nichtigkeit vgl. unten Anm. III. Unter „nichtig“ in § 309 ist nur diejenige Nichtigkeit verstanden, welche auf der sachlichen Unzulässigkeit des Inhalts der betreffenden Bestimmungen beruht, nicht etwa auch diejenige, welche auf einem Verstoß bei dem zu der Feststellung jener Bestimmungen führenden Verfahren beruht; über den letzteren Fall vgl. unten Anm. III. Über die einzelnen Bestimmungen des § 182 Abs. 2 vgl. § 182 Anm. IV. Mangelnde Begebung eines Teils der Grundkapitalanteile enthält keinen Verstoß gegen § 182

Abs. 2 Nr. 3 (Goldmann Nr. 3 gegen Pinner Anm. IV 2); unter welchen Umständen sie trotzdem die Nichtigkeit der AG. bewirkt, vgl. unten Anm. IIIb 2. — Voraussetzung der §§ 309 bis 311 ist ferner, daß wenigstens dem äußeren Anschein nach eine AG. vorhanden ist, daß mithin deren Eintragung in das Handelsregister bereits stattgefunden hat. Auf Zweigniederlassungen einer ausländischen nichtigen AG. sind §§ 309—311 nicht anwendbar (zust. Ring Nr. 1; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 17, Goldmann Nr. 19); vielmehr bleibt es in diesem Fall bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze (vgl. unten Anm. III). — Ergibt sich durch eine Satzungsänderung ein früher nicht vorhanden gewesener wesentlicher Mangel, so ist nicht etwa nun die Gesellschaft nichtig geworden, vielmehr die beschlossene Satzungsänderung insoweit unwirksam.

II. **Nichtigkeitsklage.** Über den Wert des Streitgegenstands vgl. § 272 Anm. VI.

a. **Klageberechtigt** ist jeder Gesellschafter, jedes Mitglied des Vorstands und jedes Mitglied des Aufsichtsrats (§ 309), d. h. diejenigen Personen, welche diese Eigenschaft hätten, wenn diejenigen Mängel, auf welche die Nichtigkeitsklage gestützt wird, nicht vorhanden wären. Hierdurch sind die abweichenden Bestimmungen, welche § 271 Abs. 3, 4 für die Berechtigung zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen gibt, ersetzt. Der Einwand, daß der Kläger aus einem anderen Grund als darum, weil die Gesellschaft aus den durch Klage geltend gemachten Gründen nichtig sei, nicht „Gesellschafter" oder „Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats" sei, kann ihm wirksam entgegengesetzt werden. Auch der Treuhänder ist berechtigt zur Nichtigkeitsklage (vgl. § 271 Anm. Va 1). Über die Bestrafung mißbräuchlicher Benutzung eines fremden Anteilrechts zur Ausübung des in § 309 bezeichneten Rechts vgl. § 318.

b. **Beklagte und ihre Vertreter.** Vgl. § 272 Anm. I.

c. **Zuständiges Gericht.** Vgl. § 272 Anm. II.

d. **Verbindung mehrerer Nichtigkeitsklagen.** Vgl. § 272 Anm. III. Die Verbindung mehrerer Anfechtungsklagen ist zwingend vorgeschrieben in § 272 Abs. 2 Satz 3, und für die Möglichkeit der Verbindung ist gesorgt durch die Vorschrift des § 271 Abs. 2, daß die Anfechtungsklage binnen bestimmter Frist zu erheben sei, und durch die Vorschrift des § 272 Abs. 2 Satz 2, daß die mündliche Verhandlung nicht vor Ablauf jener Frist erfolgen dürfe. Da § 271 Abs. 2 auf die Nichtigkeitsklage nicht anwendbar ist, so auch nicht § 272 Abs. 2 Satz 2. Hieraus folgt aber, daß mehrere Nichtigkeitsklagen sich gleichzeitig in verschiedenen Lagen des Verfahrens befinden können. In solchen Fällen aber ist eine Verbindung nicht angängig. Dann aber führt auch eine Aussetzung des Verfahrens bezüglich der später angestellten Klage nicht zum Ziel, da den neuen Kläger das Schicksal der früheren Klage, wenn es der Nichtigerklärung ungünstig ist, nicht bindet. Daher führt die entsprechende Anwendung des § 272 Abs. 2 Satz 3 dahin, daß eine Verbindung mehrerer Klagen nur dann stattzufinden hat, wenn sie sich in gleicher Lage des Verfahrens befinden (dagegen Ring Nr. 9, Goldmann Nr. 12).

e. **Sicherheitsleistung.** Vgl. § 272 Anm. IV.

f. **Bekanntmachung** der Klageerhebung und des Verhandlungstermins. Vgl. § 272 Anm. V.

g. **Wirkung der Nichtigerklärung** für und gegen alle Aktionäre. Vgl. § 273 Anm. Ia, § 311. Über Wirkung gegenüber Dritten vgl. § 311 Anm. IIIb, c.

h. **Einreichungspflicht.** Vgl. § 273 Anm. Ib.

i. **Eintragung** der Nichtigkeit (§ 311 Anm. Ib) in das Handelsregister und Bekanntmachung der Eintragung sind stets zu bewirken (vgl. § 273 Abs. 1 Satz 2), da die Entstehung der Gesellschaft eingetragen und bekannt gemacht (§§ 198—200) sein mußte, wenn eine Klage auf Grund des § 309 überhaupt möglich sein sollte (oben Anm. I).

k. **Haftung der Kläger wegen böslicher Handlungsweise.** Vgl. § 273 Anm. IV.

III. **Nichtigkeit der AG. aus anderen Gründen als wegen Verstoßes gegen § 182 Abs. 2.**

a. **Sind solche Fälle möglich?** D. 170 bemerkt: „Daß eine AG. trotz der Eintragung in das Handelsregister nicht besteht, wenn im Gesellschaftsvertrag eine der vom Gesetze für wesentlich erklärten Bestimmungen fehlt oder wenn eine solche Bestimmung ungültig ist, gilt schon jetzt als zweifellos. Andererseits wird in der Wissenschaft und Rechtsprechung überwiegend

angenommen, daß sonstige Mängel des Gründungsherganges im allgemeinen nicht genügen, um die Gültigkeit der in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaft nachträglich in Frage zu stellen, wenngleich sie unter Umständen die Folge haben können, daß eine größere oder geringere Zahl von Übernehmern oder Zeichnern von Aktien befugt ist, ihre Beteiligung als unverbindlich anzufechten. Auf diesen Standpunkt, welcher dem praktischen Bedürfnis und dem Interesse aller Beteiligten am meisten entspricht, stellt sich auch der Entwurf: die Vorschriften desselben über die Nichtigkeit der AG. beziehen sich nur auf den Fall, daß Mängel in betreff der wesentlichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags vorliegen." Das Gesetz bestimmt über die Folge sonstiger Mängel nichts. In dieser Beziehung bleiben daher die allgemeinen Grundsätze maßgebend, auch sonstige Mängel können daher unter Umständen die Nichtigkeit der AG. zur Folge haben (ebenso RG. 54 420, Pinner Anm. II, III, CosackHR. § 115 VI 1, Staub[8]-Pinner Anm. 2; dagegen Staub[7] Anm. 2, der aber in § 310 Anm. 2 eine Ausnahme zugeben muß, Ring Nr. 3, der aber in Nr. 4 ff. dennoch Ausnahmen zugibt, wenngleich er sie nicht als solche gelten lassen will, Goldmann Nr. 4). Auch die vorstehenden Worte der Denkschrift sind wohl nicht in anderem Sinn gemeint; nur ist dort vorausgesetzt, daß bezüglich der sonstigen Mängel die allgemeinen Grundsätze dazu führen, anzunehmen, daß sie „im allgemeinen nicht genügen, um die Gültigkeit der eingetragenen Gesellschaft in Frage zu stellen." Selbst in der Denkschrift ist daher zugegeben, daß in besonderen Fällen auch aus anderen Gründen als wegen Verstoßes gegen § 182 Abs. 2 Nichtigkeit eintreten kann. Weitergehend heißt es allerdings im Bericht der Reichstagskommission S. 97: „Dem wurde seitens der verbündeten Regierungen entgegengehalten: ... Hier, in diesem Gesetze seien die Voraussetzungen der Nichtigkeitsklage genau normiert und auf die Fälle, daß wesentliche Bestimmungen des Statuts fehlen oder eine dieser Bestimmungen nichtig ist, beschränkt" und: „Mit der in § 300" (jetzt § 309) „enthaltenen Bestimmung ist das Gebiet der Nichtigkeitsklage umgrenzt. Darüber hinaus, also wegen sonstiger Mängel des Gründungshergangs, kann eine Nichtigkeitsklage nicht erhoben werden. Diese Auffassung stellte im Einklang mit der Denkschrift die Kommission als die ihrige fest." Dennoch, und trotzdem auch FGG. § 144 nach gleicher Richtung weist, ist letztere Ansicht nicht haltbar. Sie würde, streng durchgeführt, zu Widersprüchen mit anderen Gesetzesbestimmungen führen, so z. B. unter Umständen mit den durch § 178 festgestellten Merkmalen einer AG., unter Umständen mit dem Grundsatz (vgl. z. B. § 292 Anm. I d), daß kein Verein ohne Mitglieder bestehen kann. Man denke z. B. an den Fall einer Fälschung aller in Betracht kommenden Unterschriften. — Selbst die Ansicht, daß § 309 die Fälle einer durch eine Satzungsbestimmung herbeigeführten Nichtigkeit erschöpfend regele (so Staub[8]-Pinner Anm. 3), erscheint nicht zutreffend; mit welcher Einschränkung allein dies richtig, vgl. nachstehend zu b 1.

b. **Die einzelnen Fälle.** Die Grenze, bei welchen Verstößen Nichtigkeit eintritt, bei welchen anderen nicht, ist allerdings mangels ausdrücklicher Vorschrift schwer zu ziehen. Das Eintreten der Nichtigkeit wird jedenfalls nur anzunehmen sein, wenn der betreffende Verstoß ein besonders schwerer und gegen sachliche Vorschriften gerichtet, nicht auch, wenn entweder er minder schwer oder nur gegen Formvorschriften gerichtet ist (dagegen RG. 54 419, das Nichtigkeit annimmt, falls Satzung nicht gerichtlich oder notariell festgestellt: dem RG. zustimmend Staub[8]-Pinner Anm. 3), oder wenn er nur Ordnungsvorschriften betrifft, die sich auf die der Eintragung vorhergehenden Vorbereitungshandlungen beziehen (ROH. 16 358, vgl. RG. 10 VI 87 JHR. 37 549). Keine Nichtigkeit der Gesellschaft folgt ferner aus der tatsächlichen Nichtvorhandensein eines Vorstands (BGB. § 29) oder Aufsichtsrats (ROH. 14 313, RG. 48 46, HGB. § 315 Nr. 1) oder aus einer Fehlerhaftigkeit oder Unvollständigkeit der in § 198 vorgeschriebenen Eintragungen (§ 200 Anm. I b). Als Fälle der Nichtigkeit werden hiernach namentlich folgende in Betracht kommen:

1. Verstöße gegen den Begriff der Aktiengesellschaft. Es sind Fälle denkbar, in denen gegen den durch § 178 festgelegten Begriff (§ 178 Anm. I a) verstoßen ist, ohne daß gleichzeitig ein Verstoß gegen § 182 Abs. 2 vorliegt. So z. B., wenn vereinbart ist, daß nicht jeder Gesellschafter eine Einlage versprechen (§ 195 Anm. IV a 2), oder daß

einzelne Gesellschafter persönlich haften sollen. Ist die betreffende Bestimmung als unwesentlich zu erachten, so ist nur sie nichtig, und die Gesellschaft besteht (BGB. § 139); ist dagegen die betreffende Bestimmung als wesentlich für den Vereinserrichtungswillen zu erachten, so ist die Gesellschaft als Aktiengesellschaft nichtig. Im letzteren Fall entscheiden die Umstände des Einzelfalls, ob die Gesellschaft als eine andere Gesellschaftsform Bestand hat (BGB. § 140), oder ob dies ausgeschlossen ist, z. B. weil nur in der Form der Aktiengesellschaft die gewollte Beschränkung der Haftung verwirklicht werden kann (RG. **21** 158). — Ein in der Satzung enthaltener Verstoß gegen andere als die in §§ 178, 182 Abs. 2 enthaltenen Bestimmungen bewirkt nicht Nichtigkeit der AG., sondern nur Nichtigkeit der betreffenden Satzungsbestimmung (ähnlich Staub[8]-Pinner Anm. 3; vgl. BGB. § 139); so z. B. bei einem Verstoß gegen das Gebot (§ 182 Abs. 3), Bekanntmachungen in den Reichsanzeiger einzurücken, oder gegen das Verbot (§ 215 Abs. 1) auf Verteilung von Zinsen (die frühere gegenteilige Ansicht von Pinner Anm. II ist jetzt aufgegeben in Staub[8]-Pinner a. a. O.).

2. Nichtvorhandensein einer sachlich gültigen Erklärung des Vereinserrichtungswillens (§§ 188, 196). So z. B. wenn in Form der AG. eine geistliche Gesellschaft errichtet wurde ohne die nach Landesgesetz etwa erforderliche besondere Genehmigung (§ 210 Anm. I b). Ebenso, wenn bei Gleichgründung sämtliche Gründer nicht geschäftsfähig waren, oder die für die Gründer auftretenden Vertreter keine Vertretungsmacht hatten. Oder z. B. wenn bei Stufengründung der Errichtungsbeschluß wegen Nichterreichung der vorgeschriebenen Mehrheiten nichtig war und mit Erfolg angefochten wird (vgl. § 197 Anm. II b 2, RG. **18** 71). Ebenso auch, wenn es sich um eine Vereinigung zum Abschluß von Börsentermingeschäften handelte (BörsG. § 66 Abs. 2). Dagegen wird die AG. nicht dadurch nichtig, daß nur vereinzelte Beitrittserklärungen nichtig sind (ROH. **7** 242, RG. **5** 77, KG. 11 XI 01 EntschFG. **3** 19 KGJ. **23** A 104 OLGRspr. **4** 254, Staub[8]-Pinner § 310 Anm. 2, CosackHR. § 115 VI 1; die frühere gegenteilige Ansicht von Pinner Anm. IV 2 ist aufgegeben; daß das Grundkapital größer sein kann als der Gesamtnennbetrag aller vorhandenen Grundkapitalanteile, vgl. § 179 Anm. III a). Daß die Nichtigkeit einzelner Beitrittserklärungen nicht die Nichtigkeit der AG. bewirkt, ist auch vorausgesetzt in § 202 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2. Bei welcher Mehrzahl nichtiger Beitrittserklärungen man die Nichtigkeit der AG. anzunehmen hat, ist zweifelhaft (vgl. ROH. **20** 279; daß keinesfalls Nichtigkeit eintrete, meint Ring Nr. 8, nicht berücksichtigend, daß unter Umständen kein Mitglied übrig bleiben kann). Dem Fall der Nichtigkeit vereinzelter Beitrittserklärungen steht gleich das Nichterreichen der vollen Fünfzahl der Gründer; auch hierdurch wird nicht die Nichtigkeit der AG. bewirkt (Staub[7] Anm. 3; dagegen Pinner Anm. III, Staub[8]-Pinner Anm. 3). Auch andere Verstöße gegen die Vorschriften des § 182 Abs. 1 über die Satzungsfeststellungs-Verhandlung sind als durch die Eintragung geheilt zu erachten (Staub[7] Anm. 3, vgl. KG. 9 VII 00 EntschFG. **1** 117 OLGRspr. **1** 289; dagegen RG. **54** 419, Staub[8]-Pinner Anm. 3).

3. Anmeldung der Gesellschaft durch Nichtberechtigte. Da jedem einzelnen derjenigen Personen, welche bei der Anmeldung mitzuwirken haben, freisteht, ob er anmelden oder ob er durch seine Weigerung eine gültige Anmeldung unmöglich machen will (§ 319 Abs. 2), so ist es nicht angängig, anzunehmen, daß in letzterem Fall durch ein Versehen oder eine Täuschung des Richters und die hierdurch veranlaßte Eintragung sein Recht vereitelt werden kann. Und nicht nur sein Recht; denn gerade der Umstand, daß der Betreffende zu der Anmeldung hinzugezogen werden mußte, und ohne seinen Willen nichts geschehen konnte, kann für viele Grundkapital-Übernehmer bei Abgabe der Übernahmeerklärung bestimmend gewesen sein. Auch hier ist indessen, wie zu 2, nicht jeder kleine Verstoß als die Nichtigkeit der AG. bewirkend anzusehen. Die Grenze ist auch hier zweifelhaft. Für nichtig ist die AG. zu erachten z. B. wenn die Anmeldung durch einen völlig Unbeteiligten bewirkt ist (CosackHR. § 115 VI 1, Pinner Anm. II, Staub[8]-Pinner Anm. 3; dagegen Staub[7] Anm. 2). Für nicht nichtig z. B., wenn ein Vorstandsmitglied mitgewirkt hat, das damals allgemein für ordnungsmäßig bestellt angesehen wurde, während in

Wahrheit seine Wahl nichtig war. In den zwischenliegenden Fällen, z. B. wenn nur ein Teil der Gründer oder allein der Vorstand angemeldet hat (für diese Beispiele scheint Cosack aaO. Nichtigkeit anzunehmen, während Staub⁷ aaO. Gültigkeit annahm, und Ring Nr. 4 das Vorhandensein des Eintragungswillens der Anmeldeberechtigten entscheiden läßt), wird die Entscheidung davon abhängig zu machen sein, ob im Einzelfall der Verstoß ein so schwerer ist, daß für Beteiligte, welche durch ihre Zahl oder durch die Höhe ihrer Einlagen erheblich ins Gewicht fallen, die Erwartung der Einhaltung der verletzten Vorschrift mitbestimmend für ihre Mitwirkung bei Errichtung oder Anmeldung war. — Keine Nichtigkeit wird dadurch bewirkt, daß sich eine der bei Anmeldung abgegebenen Versicherungen, z. B. die Angabe, daß Barzahlung erfolgt sei, als wahrheitswidrig herausstellt (ROH. 7 242, RG. 5 78, RG. 18 II 96, ZHR. 47 105).

c. **Wirkung der Nichtigkeit.** In denjenigen Fällen der Nichtigkeit, welche nicht unter § 309 fallen, sind unmittelbar weder § 310 noch § 311 Abs. 2, 3 anwendbar. Doch ist in entsprechender Anwendung des § 310 auch in diesen Fällen eine Heilung des Mangels durch Nachholung des Versäumten für zulässig zu erachten (ebenso Staub⁸-Pinner § 311 Anm. 10; dagegen früher Pinner § 310 Anm. I). Dagegen wird mangels ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift eine entsprechende Ausdehnung auch des § 311 auf diese Fälle sich nicht rechtfertigen lassen (dagegen KG. 26 VII 02 EntschFG. 3 127 bezüglich des § 311 Abs. 3, Pinner § 311 Anm. I), weil in diesen Fällen der vorgekommene Verstoß in der Regel schwerwiegender sein wird als in den Fällen des § 309.

IV. **Löschung von Amts wegen.** Hierüber bestimmt FGG. § 144 (abgedr. hinter HGB. § 16): „Eine in das Handelsregister eingetragene AG. oder KAG. kann gemäß den Vorschriften der §§ 142, 143 als nichtig gelöscht werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach den §§ 309, 310 HGB. die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann . . .“ Diese Vorschrift wird entsprechend auch auf andere Fälle der Nichtigkeit anzuwenden sein (Pinner Anm. V 2, Ring Nr. 10, Staub⁸-Pinner Anm. 16; dagegen Staub⁷ Anm. 15, vgl. KG. 26 VII 02 EntschFG. 3 127), wenn man solche Fälle überhaupt als möglich erachtet (oben Anm. III). Das Verfahren vor dem Registergericht und die Nichtigkeitsklage können nebeneinander hergehen; der Nichtigkeitskläger kann sich auch in ersterem Verfahren beteiligen (vgl. § 273 Anm. Vc). — Nach Vf. d. Pr. Justizmin. 7 XI 99 § 34 ist in der gemäß FGG. § 144 Abs. 1 ergehenden Benachrichtigung, sofern der Mangel bis zur Löschung geheilt werden kann, auf diese Möglichkeit ausdrücklich hinzuweisen.

§ 310.

Heilung von Mängeln des Gesellschaftsvertrags.

Ein Mangel, der die Bestimmungen über die Firma oder den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Bestellung oder Zusammensetzung des Vorstandes, die Form der Bekanntmachungen der Gesellschaft oder die Form der Berufung der Generalversammlung betrifft, kann durch einen den Vorschriften dieses Gesetzbuchs über eine Aenderung des Gesellschaftsvertrags entsprechenden Beschluß der Generalversammlung geheilt werden. Die Berufung der Generalversammlung erfolgt, wenn der Mangel die Bestimmungen über die Form der Berufung betrifft, durch Einrückung in diejenigen Blätter, welche für die Bekanntmachungen der Eintragungen in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft bestimmt sind.

ADH. — **Entw. I** § 282. **Entw. II** § 301.

I. **Heilbare Mängel.** Wie § 309, so bezieht sich auch § 310 nur auf Verstöße gegen § 182 Abs. 2. Von diesen erklärt er als in den Formen eines Satzungsänderungsbeschlusses heilbar alle Verstöße mit Ausnahme eines solchen gegen § 182 Abs. 2 Nr. 3, also gegen die Vorschrift, daß die Satzung „die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien“ zu bestimmen

habe. Damit ist nicht gesagt (was Staub[8]-Pinner Anm. 1, Ring Nr. 1 annehmen und auch D. 171 voraussetzt), daß ein Verstoß gegen die letztere Vorschrift unheilbar sei; vielmehr ist auch ein solcher Verstoß — ebenso wie bei Nichtigkeit aus anderen Gründen als wegen Verstoßes gegen § 182 Abs. 2 (§ 309 Anm. III c) — heilbar durch Nachholung des Versäumten. Unter Umständen allerdings wird eine solche Nachholung nicht möglich sein, in anderen Einzelfällen dagegen ist eine solche Möglichkeit vorhanden; nur wird oft nicht eine bloße Satzungsänderung genügen, vielmehr auch eine entsprechende Änderung der Einlageversprechen, der zu leistenden Einzahlungen und der hierüber abzugebenden Versicherungen hinzukommen müssen. Bis diese im öffentlichen Interesse gegebenen Vorschriften nachträglich erfüllt sind, bleibt die AG. nichtig; die Erfüllung dieser Vorschriften kann auch nicht durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter ersetzt werden (D. 171). — Kein Verstoß gegen § 182 Abs. 2 Nr. 3, der nur über den Inhalt der Satzung bestimmt, und überhaupt kein Nichtigkeitsgrund liegt in einem Fortfallen vereinzelter Beitrittserklärungen (§ 309 Anm. III b 2). Ebensowenig in dem tatsächlichen Nichterfolgtsein der vorgeschriebenen Einzahlungen (§ 309 Anm. III b 3).

II. **Ein den Vorschriften über Satzungsänderung entsprechender Beschluß der Generalversammlung** genügt nach § 310 zur Heilung von Verstößen gegen § 182 Abs. 2 Nr. 1, 2, 4—6. Über die Erfordernisse eines Satzungsänderungsbeschlusses vgl. § 275 Anm. I b, c. Der Beschluß bedarf hiernach der einfachen Mehrheit, soweit die Satzung nicht eine größere Mehrheit oder sonstige Erfordernisse vorschreibt (§ 251 Abs. 1) und ferner — in Ermangelung einer anderen Satzungsbestimmung — einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt (§ 275 Abs. 1). Auch § 277 ist zu beobachten; der Beschluß wirkt daher erst durch Eintragung (§ 277 Abs. 3); die Anmeldung zum Register des Sitzes ist nicht erzwingbar (vgl. § 319 Abs. 2). Eine Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses ist zulässig unter entsprechender Anwendung der §§ 271 ff. (vgl. § 197 Anm. II b 2; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 3, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 2). — Eine Frist für die Möglichkeit einer Heilung ist nicht vorgeschrieben; die Heilung ist daher zulässig bis die Nichtigkeit endgültig erklärt ist, also bis ein auf Nichtigkeit lautendes Urteil rechtskräftig geworden ist (§ 273 Anm. I; zust. Ring Nr. 3, Staub[8]-Pinner Anm. 3) oder bei einem gemäß FGG. § 144 eingeleiteten Verfahren bis zum Erlassen der Löschungsverfügung oder Rechtskraft der den Widerspruch zurückweisenden Verfügung (vgl. FGG. §§ 144 Abs. 1, 142 Abs. 3, 141 Abs. 3, 4).

III. **Mangel betreffend die Bestimmungen über die Form der Berufung einer Generalversammlung.** Ist gegen § 182 Abs. 2 Nr. 5 verstoßen, gleichviel in welcher Beziehung, so hat nach § 310 Satz 2 die Berufung nicht — wie aus §§ 255 Abs. 1, 197 abzuleiten wäre — in der durch die Satzung bestimmten Weise zu erfolgen, sondern durch Einrückung in den Reichsanzeiger (§ 10) und die vom Gericht des Sitzes gemäß § 11 für seine Veröffentlichungen bestimmten sonstigen Blätter. Man wird wohl anzunehmen haben, daß auch diejenigen auf die Berufungsform bezüglichen Satzungsbestimmungen, welche durch den vorhandenen Mangel an sich nicht berührt werden, hierbei nicht beobachtet zu werden brauchen, vielmehr die gesetzlichen Regeln an deren Stelle treten (dagegen Ring Nr. 2). So z. B. bezüglich der Berufungsberechtigten, der Zahl der Einrückungen, der Berufungsfrist, der Art der Unterschriften. Zu beobachten sind jedoch — soweit nicht für sich nichtig — etwaige Satzungsbestimmungen, welche das Stimmrecht von Hinterlegung der Mitgliedscheine abhängig machen; ebenso die Vorschriften (§§ 256, 274 Abs. 2) über Ankündigung der beabsichtigten Satzungsänderung.

IV. **Wirkung der Heilung.** Die Heilung wirkt erst vom Zeitpunkt der Eintragung des Heilungsbeschlusses (oben Anm. II); sie hat keine rückwirkende Kraft (BGB. § 141; ebenso Staub[7] Anm. 5; dagegen Pinner Anm. III, Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 3, Staub[8]-Pinner Anm. 5). — Die Zeichner werden daher frei, wenn die Zeit, für welche sie sich gebunden hatten (§ 189 Abs. 3 Nr. 4), vor Fassung des Heilungsbeschlusses und dessen Anmeldung abgelaufen ist (Mosse Anm. 3, Staub[7] Anm. 5; dagegen Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 3); auf den Zeitpunkt der Eintragung kommt es in dieser Beziehung nicht an (vgl. § 189 Abs. 3 Nr. 4); das Freiwerden von Zeichnern kann geheilt werden (§ 189 Abs. 4); auch bewirkt der Fortfall vereinzelter Zeichnungen nicht Nichtigkeit der Gesellschaft (§ 309 Anm. III b 2). Ferner

wird die Einschränkung zu machen sein, daß auch die hiernach frei werdenden Zeichner doch n soweit zur Einzahlung verpflichtet bleiben, als dies zur Erfüllung der bisher von der G eingegangenen Verpflichtungen erforderlich ist bei Umlegung des durch den Bestand des Gesell schaftsvermögens nicht gedeckten Teils dieser Verpflichtungen auf alle Zeichner; denn die Gläubiger können im Fall der Eintragung eines Heilungsbeschlusses nicht schlechter stehen, als sie nach § 311 Abs. 3 im Fall der Eintragung der Nichtigkeit ständen. — Die vor Eintragung des Heilungsbeschlusses ergangenen Beschlüsse der Gesellschaft bleiben nichtig (Staub[7] Anm. 5; dagegen Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 3, Staub[8]-Pinner Anm. 5); sie wirken für die Zeit bis zur Heilung und für die Zukunft nur in demselben Umfang, in welchem sie gewirkt hätten, wenn Heilung nicht erfolgt wäre (§ 311 Abs. 2, 3, FGG. § 32; vgl. § 15 Anm. III d 3a); um für die Zukunft voll wirksam zu werden, müssen sie daher neu vorgenommen oder bestätigt (BGB. § 141) werden. Dies gilt auch von den bisherigen Wahlen zu Mitgliedern des Vorstands und Aufsichtsrats (dagegen Staub[7] § 309 Anm. 13, Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 5).

§ 311.

Rechtsverhältnisse der nichtigen Gesellschaft.

Ist die Nichtigkeit einer Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen, so finden zum Zwecke der Abwickelung ihrer Verhältnisse die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird durch die Nichtigkeit nicht berührt.

Die Gesellschafter haben die versprochenen Einzahlungen zu leisten, soweit es zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich ist.

ADH. — **Entw. I** § 283. **Entw. II** § 302.

I. **Eintragung der Nichtigkeit in das Handelsregister.**

a. **Hat die Eintragung erklärende oder begründende Wirkung?** Nach D. 171 erklärende. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Doch ist der § 311 Abs. 3 infolge seines Zusammenhangs mit Abs. 1 wohl dahin zu verstehen, daß die in Abs. 3 bestimmte Einzahlungspflicht der Aktionäre erst mit der Eintragung, nicht bereits mit der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils beginnt. Ist der Abs. 3 so gemeint, so hat die Eintragung in dieser beschränkten Beziehung begründende Wirkung.

b. **„Die Nichtigkeit"** ist in § 311 Abs. 1 als eingetragen vorausgesetzt. Hiermit in Widerspruch tritt § 309 Satz 2, § 273 Abs. 1 Satz 3, wonach „das Urteil" einzutragen ist. Doch ist wohl die Fassung des § 273 Abs. 1 Satz 3 die ungenauere, dagegen diejenige des § 311 Abs. 1 die genauere, und es ist daher der Auslegung in Bf. Pr. JM. 7 XI 99 (JMBl. 313) §§ 33, 34 beizustimmen, wonach in beiden Fällen nur ein Vermerk, daß der Beschluß bzw. die Gesellschaft nichtig sei, einzutragen ist. — Ob § 311 auch in den nicht in § 309 erwähnten Fällen der Nichtigkeit anwendbar, vgl. § 309 Anm. III c.

c. **Nur den Fall, daß gemäß Nichtigkeitsurteil** die Eintragung der Nichtigkeit erfolgt, soll § 311 regeln (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 2). Die Eintragung der Nichtigkeit gemäß der von Amts wegen erlassener Verfügung des Registergerichts ist in D. 171 und FGG. § 144 nicht als „Eintragung der Nichtigkeit", sondern als „Löschung der Gesellschaft" bezeichnet. Indessen sind die Vorschriften des § 311 auch auf letzteren Fall entsprechend anzuwenden (ebenso Pinner Anm. I).

II. **Die einzelnen Absätze des § 311 haben verschiedene Voraussetzungen.**

a. **Der Abs. 1** nennt zwar als seine Voraussetzung, daß die Nichtigkeit eingetragen sei; dies ist indessen wohl nicht genau. Wie die auf die Auflösung bezüglichen Vorschriften bereits an die Tatsache der Auflösung, nicht erst an deren Eintragung anknüpfen (§ 293 Anm. IV), und da auch für die Eintragung der Nichtigkeit nur erklärende Wirkung in Anspruch genommen ist (oben Anm. I a), so werden die für den Fall der Auflösung geltenden Vor-

schriften bereits von dem Zeitpunkt der endgültigen Nichtigkeitserklärung an zur Anwendung zu bringen sein, also (§ 309 Anm. II) bereits seit der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils, dem Erlassen der Löschungsverfügung oder der Rechtskraft der den Widerspruch zurückweisenden Verfügung (dagegen Ring Nr. 4).

b. **Der Abs.** 2 knüpft nach seinem Wortlaut weder an die Nichtigerklärung, noch an die Nichtigkeitseintragung, sondern an die Nichtigkeit an. Zweifelhaft ist, ob er nur bestimmen soll, wie nach Nichtigkeitserklärung bzw. -eintragung die früher vorgenommenen Rechtsgeschäfte wirken, oder ob er die Wirkung der letzteren ohne Rücksicht darauf bestimmen will, ob eine Nichtigkeitserklärung bzw. -eintragung folgt. Dies braucht indessen nicht entschieden zu werden, weil selbst wenn er die letztere weitere Bedeutung haben sollte, er sachlich nichts von dem hierfür maßgebenden FGG. § 32 Verschiedenes bestimmt (unten Anm. IIIa 2).

c. **Der Abs.** 3 ist wohl dahin auszulegen, daß für ihn die Eintragung der Nichtigkeit Voraussetzung ist (oben Anm. Ia). Vor Eintragung der Nichtigkeit kann die Leistung von Einlagen unbedingt verweigert werden (unten Anm. IIIa 3).

III. **Wirkung der Nichtigkeit** einer eingetragenen AG.

a. **Bis zur Eintragung des Heilungsbeschlusses oder rechtskräftiger Nichtigkeitserklärung bzw. Löschungsverfügung.**

1. Grundsatz. D. 171 bemerkt: „Das Urteil, durch welches die Gesellschaft für nichtig erklärt wird, hat nur deklaratorische Bedeutung; der Standpunkt des Entwurfs ist nicht etwa der, daß die Gesellschaft bis dahin als Aktiengesellschaft zu Recht bestände . . . Hieraus folgt insbesondere, daß die Mitglieder sich jederzeit auf die Nichtigkeit berufen, also auch die Leistung von Einlagen zum Betriebe des Unternehmens verweigern und die Beschlüsse der Generalversammlung, soweit nicht im § 301" (jetzt § 310) „eine Ausnahme vorgesehen ist, als unverbindlich behandeln können, ohne dabei an die Vorschriften der §§ 263, 264" (jetzt §§ 271, 272) „über die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, gebunden zu sein. Das schließt aber nicht aus, daß der Gesellschaft insoweit, als es sich um die Abwickelung ihrer Verhältnisse handelt, dennoch eine gewisse Rechtsbeständigkeit beigelegt wird . . ."

2. Nach außen. Der § 15 Abs. 2 ist nicht anwendbar, weil, wenn eine nichtige AG. als bestehend eingetragen ist, die eingetragene Tatsache unrichtig ist (§ 15 Anm. IIId 3α). Maßgebend ist vielmehr FGG. § 32:

> „Ist eine Verfügung, durch die jemand die Fähigkeit oder die Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt, ungerechtfertigt, so hat, sofern nicht die Verfügung wegen Mangels der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts unwirksam ist, die Aufhebung der Verfügung auf die Wirksamkeit der inzwischen von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluß."

Doch bezieht sich FGG. § 32 nur auf das Verhältnis nach außen. In sachlicher Übereinstimmung hiermit steht der Grundsatz, welchen § 311 **Abs.** 2 ausspricht. — Auch § 15 Abs. 1 ist nicht anwendbar in der Weise, daß dem Dritten, der die nichteingetragene Nichtigkeit kannte, diese Nichtigkeit und mithin die Unwirksamkeit der von ihm mit der AG. abgeschlossenen Geschäfte entgegengesetzt werden könnte (Staub[s]-Pinner Anm. 4, Ring Nr. 2), denn eine derartige Anwendung des § 15 Abs. 1 würde in Widerstreit zu der ausdrücklichen Vorschrift des § 311 Abs. 2 treten. Der Dritte kann sich daher, auch wenn er nicht gutgläubig ist, auf die Wirksamkeit vorgenommener Rechtsgeschäfte berufen, außer wenn er hierbei zu einem Mißbrauch einer Vertretungsmacht der Vertreter der AG. wissentlich mitgewirkt hat (vgl. § 126 Anm. If).

3. Nach innen. Im Verhältnis nach innen, zu den Aktionären als solchen, können beiderseits alle Nichtigkeitsgründe auch einredeweise jederzeit geltend gemacht werden. Die Leistung von Einlagen kann verweigert, und die Vertretungsmacht der Gesellschaftsbehörden kann — außer soweit es sich um Vorbereitung, Fassung und Durchführung von Heilungsbeschlüssen handelt — in Abrede gestellt werden. Die Vorschriften, welche § 311 **Abs.** 3 für die Zeit nach Eintragung der Nichtigkeit gibt, sind daher auf die Zeit vor

Eintragung nicht anwendbar (dagegen Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 3, Staub⁸-Pinner § 309 Anm. 12). Die Aktionäre können so durch ihren untätigen Widerstand einen Antrieb bei den Gesellschaftsbehörden oder Dritten dafür schaffen, daß diese die Heilungs- oder Nichtigkeitseintragung veranlassen. Aber auch die Aktionäre haben ein Interesse an der Nichtigkeitseintragung, da bis dahin die Gesellschaft weitere Verpflichtungen eingehen kann, zu deren Tilgung die Aktionäre herangezogen werden können, wenn demnächst die Nichtigkeitseintragung oder eine Heilungseintragung erfolgt.

b. **Zwischen Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils bzw. der Löschungsverfügung und Eintragung des Nichtigkeitsvermerks.** Hierüber enthält FGG. § 32 keine Vorschrift. Der § 311 Abs. 1 und 2 werden anzuwenden sein, nicht jedoch § 311 Abs. 3 (oben Anm. II).

c. **Nach Eintragung des Nichtigkeitsvermerks** ist § 311 Abs. 1—3 maßgebend.

IV. **Entsprechende Anwendung der für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften (§ 311 Abs. 1).** Vgl. oben Anm. II a. Diese Anwendung ist nur möglich, insoweit im Einzelfall die Mängel der Satzung es gestatten (D. 172). Es tritt ein der Liquidation entsprechendes Verfahren ein. Die Gesellschaft ist mit Beschränkung auf die Liquidationszwecke rechts- und handlungsfähig (D. 172); sie ist parteifähig sowohl nach außen wie nach innen (RG. 59 32[illegible]); auch Eröffnung eines Konkurses über sie ist zulässig (D. 172, RG. 20 VI 04 JW. 503). Die bisher tatsächlich bestehenden Gesellschaftsbehörden gelten als für diesen Zweck rechtmäßig bestellt (abweichend im Fall der Heilung oben § 310 Anm. IV); nur treten an die Stelle des Vorstands Liquidatoren unter Anwendung des § 295 auf den bisherigen Vorstand. Die für den Fall der Liquidation vorgeschriebenen Anmeldungen und Rechnungsabschlüsse sind auch im vorliegenden Fall zu bewirken.

V. **Wirksamkeit der mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte (§ 311 Abs. 3).** Vgl. oben Anm. II b. Weder die Gesellschaft noch der Dritte kann die vorgenommenen Rechtsgeschäfte als unwirksam behandeln. D. 172 bemerkt: „Sollten wegen der eingegangenen Verbindlichkeiten lediglich diejenigen haften, die namens der Gesellschaft gehandelt haben, so wäre dies nicht nur eine unbillige Härte, sondern auch für die Gläubiger unzureichend." Nach diesen Worten („lediglich") wird man anzunehmen haben, daß eine Haftung der Handelnden nicht vollständig ausgeschlossen werden sollte (dagegen Pinner Anm. II 2, Ring Nr. 2). Sollte daher im Einzelfall ausnahmsweise (§ 145 Anm. II c, § 294 Anm. I c) trotz der auf Schadensverhütung abzielenden Vorschrift des § 311 Abs. 2 der Dritte dadurch geschädigt werden sollen, daß die Gesellschaft, für welche gehandelt ist, nichtig war, ist für die Haftung der Handelnden BGB. § 179 entsprechend anwendbar; nicht jedoch HGB. § 200 Abs. 1 Satz 2.

VI. **Leistungen der verschiedenen Einzahlungen (§ 311 Abs. 3).** Vgl. oben Anm. II[illegible]. Nur soweit es zur Erfüllung (oder sonstigen Tilgung) der eingegangenen Verbindlichkeiten (und der hierzu aufzuwendenden Verwaltungskosten) erforderlich, brauchen die Einzahlungen geleistet zu werden. Diese Beschränkung enthält nichts sachlich von dem Fall der gewöhnlichen Liquidation Verschiedenes (§ 294 Anm. II b 9, § 292 Anm. I c 2); nur ist die Beweislast umgekehrt; im Fall des § 311 Abs. 3 hat der Einfordernde zu beweisen, daß die Einzahlung erforderlich sei. Da nach § 311 Abs. 1 auch § 300 entsprechend anwendbar ist, so kann eine Einforderung außer behufs Erfüllung von Verbindlichkeiten auch behufs Ausgleichung ungleichmäßig hoher Einzahlungen erfolgen (§ 300 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2; zust. Ring Nr. 5, Goldmann Nr. 4). „Einzahlungen" steht an Stelle von Einlagen jeder Art (vgl. § 300 Anm. III b). Die Einforderung muß gegenüber allen Einlageverpflichteten im gleichen Verhältnis geschehen (§ 218 Anm. II a, § 250 Anm. II c 4, Rudorff zu Abs. 3, Pinner Anm. II 3, Ring Nr. 5, Staub⁸-Pinner Anm. 6; dagegen Staub⁷ Anm. 6). In § 311 Abs. 3 ist „vorausgesetzt, daß die Verpflichtung zur Leistung der Einlagen in einer Weise übernommen ist, die nach den allgemeinen Grundsätzen des Aktienrechts zur Entstehung der Verbindlichkeit genügen würde; denn Mitglieder einer für nichtig erklärten AG. dürfen selbstverständlich nicht in weiterem Umfange herangezogen werden als die Aktionäre einer gültig errichteten und demnächst aufgelösten Gesellschaft" (D. 172). Der § 311 Abs. 3 bestimmt nur über die Einlageverpflichtungen der Gesellschafter; er ist daher nicht anwendbar auf Pflichten der Gründer gemäß § 202; bezüglich letzterer ist indessen § 311 Abs. 2 maßgebend.

Sechster Titel.

Strafvorschriften.

§ 312.

Untreue.

Miglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths oder Liquidatoren werden, wenn sie absichtlich zum Nachtheile der Gesellschaft handeln, mit Gefängniß und zugleich mit Geldstrafe bis zu zwanzigtausend Mark bestraft.

Zugleich kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf die Geldstrafe erkannt werden.

ADH. Art. 249. **Entw. I** § 284. **Entw. II** § 303.

I. **Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder Liquidatoren.** Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats sind schon vor Eintragung der Gesellschaft vorhanden (§ 190); auch auf die zu jener Zeit vorgenommenen Handlungen (§ 200 Anm. IIa) ist § 312 anwendbar (RG. 29 X 01 JW. 02 307[12]). Vorstandsmitglieder sind auch die Stellvertreter (§ 242 Anm. I). Als Vorstand und Aufsichtsrat im Sinn des § 312 sind auch die entsprechenden Behörden einer nichtigen AG. anzusehen (vgl. § 309); den Liquidatoren stehen gleich diejenigen, welche im Fall des § 311 Abs. 1 in entsprechender Anwendung der für die Auflösung geltenden Vorschriften die Stellung als „Liquidatoren" einnehmen. Unerheblich ist, ob das betreffende Mitglied vertretungsermächtigt ist (Pinner Anm. II). — Wer tatsächlich als Mitglied der Gesellschaftsbehörde amtet, ohne in gültiger Weise zu diesem Amt bestellt zu sein, ist nicht Mitglied jener Behörde, kann daher nicht als solches bestraft werden (ebenso Ring Nr. 2, vorausgesetzt auch in RGSt. **29** 384; dagegen RGSt. **16** 270, Goldmann Nr. 1). Die Ungültigkeit der Bestellung folgt aber nicht unter allen Umständen schon daraus, daß die wählende Generalversammlung von einem Nichtberechtigten berufen ist; so z. B. nicht, wenn alle Aktionäre erschienen waren und einstimmig gewählt hatten, oder wenn die Geschäftsführung des Nichtberechtigten demnächst von den Berechtigten genehmigt, auch nach Lage des Falls eine Anfechtung gemäß §§ 271 ff. oder eine sonstige Geltendmachung der Unverbindlichkeit nicht mehr möglich war (vgl. RGSt. **29** 384). — Die von der Generalversammlung gewählten oder vom Gericht bestellten besonderen Vertreter (vgl. z. B. § 268 Anm. IV) sind „Bevollmächtigte" (vgl. RGSt. 7 280); deren Handlungen fallen nicht unter § 312, sondern unter StGB. § 266. — Über die Frage, ob § 312 auch anwendbar ist, wenn der Betreffende die Handlung in anderer Eigenschaft als in derjenigen eines Mitglieds der Gesellschaftsbehörde begeht, vgl. unten Anm. IIa.

II. **Handeln absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft.** Die Fassung des § 312 ist dem StGB. § 266 Nr. 1 nachgebildet; beide Bestimmungen sind daher übereinstimmend auszulegen (RGSt. 27 40).

a. **Handeln.** Hierunter fällt auch eine pflichtwidrige Unterlassung (RGSt. **11** 413). Bei tätigem Handeln (bei Unterlassen dahingestellt RGSt. **36** 71) ist nicht erforderlich, daß der Handelnde in dienstlicher Eigenschaft als Mitglied der Gesellschaftsbehörde auftrat (RGSt. **26** 137, **36** 71; dagegen für § 314 Nr. 1: RGSt. **5** 149); Strafbarkeit tritt vielmehr auch ein, wenn er als Vertragsgegner der Gesellschaft (RGSt. **26** 137, **36** 71, Ring Nr. 2, Staub[8]-Pinner Anm. 4, Goldmann Nr. 1) oder als Aktionär durch Ausübung seines Stimmrechts (Staub[8]-Pinner Anm. 8) absichtlich zu ihrem Nachteil handelt. — Durch die Feststellung, daß bei einer bestimmten, zur Anklage stehenden Tätigkeit nicht zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt ist, wird nicht entschieden, daß überhaupt nicht zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt sei; es können verschiedene selbständige Handlungen vorliegen (RGSt. **27** 44).

b. **Absichtlich.** Nach der herrschenden Ansicht ist im StGB. § 266, und mithin auch im HGB.

§ 312, „absichtlich" gleichbedeutend mit „wissentlich" (KB. 34). Unter „Absicht" ist nur verstanden der auf einen bestimmten Zweck (die Nachteilszufügung) gerichtete Wille, vielmehr nur der einfache Vorsatz, d. h. der auf die Handlung gerichtete Wille verbunden mit dem Bewußtsein des notwendig oder doch voraussichtlich eintretenden Erfolgs der Benachteiligung (RGSt. 1 172, 330, 7 283, 26 137, RGRspr. 2 155, 6 786; vgl. auch RGSt. 27 219 für StGB. § 263 und RGSt. 27 242 für StGB. § 288). Ein Bewußtsein, daß der Nachteil entstehen müsse, ist nicht die einzig mögliche Voraussetzung der Strafbarkeit (RGSt. 7 283; ebenso Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 2; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 8). Andererseits genügt das Bewußtsein, daß möglicherweise eine Benachteiligung eintreten könne, dann nicht, wenn der Handelnde gerade diesen Erfolg vermeiden wollte (RGSt. 7 2…). Der Zweck der Handlung ist mithin unerheblich (RGSt. 26 137); es kommt daher auch nicht darauf an, ob die Absicht vorlag, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen (M. 250). — Die Strafbarkeit wird ausgeschlossen, wenn die Handlung gemäß der Anweisung einer zu einer solchen Anweisung befugten Gesellschaftsbehörde erfolgt. Nicht aber genügt eine gesetzwidrige Anweisung, da diese den Angewiesenen nicht bindet (RGSt. 7 282, vgl. § 241 Anm. II b; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 8); ebensowenig eine gesetzwidrige Satzungsbestimmung (RGSt. 7 282).

c. **Nachteil.** Der Nachteil muß als Folge der Handlung wirklich eingetreten sein (RGSt. 27 40). Nur ein Vermögensnachteil kommt in Betracht (RGSt. 16 79). Nicht ein endgültiger Vermögensverlust, eine dauernde Vermögensbenachteiligung ist vorausgesetzt (RGSt. 19 83). Vielmehr genügt eine durch die Handlung bewirkte ungünstigere Vermögenslage (RGRspr. 1 275); daher auch eine Vermögensgefährdung (RGSt. 14 404, 19 83, 27 40), insoweit sie nicht durch gleichzeitiges Entstehen einer entsprechenden Hoffnung auf Vermögenszuwachs ausgeglichen wird, mithin überwiegend eine Verschlechterung des bisherigen Vermögenszustandes enthält (RGSt. 9 170). Bei entgeltlichen Verträgen liegt eine Vermögensminderung vor, wenn der Wert der übernommenen Leistungen und Verpflichtungen größer ist als der Wert desjenigen, was dem Vermögen infolge des Geschäfts zuwächst (RGSt. 27 4…). Eine Gefährdung liegt vor z. B. bei Aneignung von Gesellschaftsvermögen ohne sofortigen, die jederzeitige Verfügbarkeit ermöglichenden Ersatz (RGRspr. 1 275; vgl. auch StGB. § 246), selbst wenn bei Aneignung die Absicht der Zurückerstattung vorhanden ist (RGRspr. 2 155). So auch bei Verborgen von Gesellschaftsvermögen an unbemittelte Dritte aus Gründen persönlicher Gefälligkeit ohne ein dahingehendes Gesellschaftsinteresse (RGRspr. 6 786). Eine Vermögensminderung liegt in der Vereitelung einer Vermehrung des Vermögens nur dann, wenn entweder ein rechtlich begründeter Anspruch auf die Erlangung des Gewinns bestand oder doch tatsächliche Verhältnisse vorlagen, vermöge deren der Gesellschaft ohne die pflichtwidrige Handlung des Vorstandsmitglieds der Gewinn ohne weiteres und mit Sicherheit zugefallen sein würde (RGSt. 23 57, 26 241, 27 43). Kein Nachteil liegt in unentgeltlichen Verausgabungen, die durch die Sitte geboten sind (§ 250 Anm. II c 6, V b 3, Esser Anm. 5, Staub[8]-Pinner Anm. 13, Ring Nr. 4) oder die dazu dienen sollen, mittelbar der Gesellschaft anderweite Vorteile zu verschaffen (Esser Anm. 4, Staub[8]-Pinner Anm. 11, 12, Ring Nr. 3).

d. **Der Gesellschaft** muß der Nachteil erwachsen sein; der § 312 ist nicht anwendbar auf Schädigung nur der Aktionäre oder der Gesellschaftsgläubiger.

III. **Bestrafung.** Die allgemeinen Vorschriften des StGB. sind anwendbar. Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden (StGB. § 2 Abs. 2). Gefängnisstrafe vgl. StGB. § 16, Geldstrafe vgl. StGB. §§ 27 ff., Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte vgl. StGB. §§ 33 ff. Da die in §§ 312—318 behandelten Straftaten Vergehen sind (StGB. § 1), so ist mangels ausdrücklicher Bestimmung der Versuch dieser Handlungen nicht strafbar (StGB. § 43 Abs. 2). Teilnahme vgl. StGB. §§ 47 ff. Strafausschließungs- und Strafmilderungsgründe, insbesondere Verjährung vgl. StGB. §§ 51 ff. Zusammentreffen strafbarer Handlungen vgl. StGB. §§ 73 ff. — Der § 312 ist nicht idealkonkurrierend mit StGB. § 266, sondern schließt als Sonderstrafgesetz die Anwendung des StGB. § 266 auf einen von HGB. § 312 getroffenen Fall aus (RGSt. 37 2…).

§ 313.

Falsche Angaben zwecks Eintragung oder in Ankündigung.

Mit Gefängniß und zugleich mit Geldstrafe bis zu zwanzigtausend Mark werden bestraft:

1. Gründer oder Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths, die zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister in Ansehung der Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals, des Betrags, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, oder der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen wissentlich falsche Angaben machen;
2. diejenigen, welche in Ansehung der vorerwähnten Thatsachen wissentlich falsche Angaben in einer im § 203 bezeichneten Ankündigung von Aktien machen;
3. Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths, die zum Zwecke der Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister in Ansehung der Einzahlung des bisherigen oder der Zeichnung oder Einzahlung des erhöhten Kapitals oder in Ansehung des Betrags, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, oder in Ansehung der im § 279 bezeichneten Festsetzungen wissentlich falsche Angaben machen.

Zugleich kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

ADH. Art. 249a. **Entw. I** § 285. **Entw. II** § 304.

I. **Falsche Angaben zwecks Eintragung der Gesellschaft (§ 313 Nr. 1).** Die Fassung entspricht dem § 202. Vgl. § 202 Anm. IIa 1. — Vgl. auch StGB. §§ 271, 272.

a. **Gründer oder Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats.** Gründer vgl. § 187 Anm. I. Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder vgl. § 312 Anm. I.

b. **Wissentlich.** Das Angeben muß vorsätzlich geschehen sein mit dem Bewußtsein, daß das Angegebene sicher oder doch wahrscheinlich falsch ist (vgl. § 312 Anm. IIb). Wissentlich falsche Angaben steht im Sinn von „Angaben, deren Falschheit ihnen bewußt sind"; die Worte „wissentlich falsch" gehören zusammen, nicht etwa die Worte „wissentlich machen". Ein Irrtum des Versichernden, daß die betreffende Versicherung abgegeben werden dürfe, trotzdem sie falsch sei, befreit ihn nicht von Strafe (RGSt. **14** 45).

c. **Falsche Angaben.** Eine einzelne falsche Angabe erfüllt den Tatbestand. Mehrere falsche Angaben derselben Person zwecks derselben Eintragung bilden nur eine strafbare Handlung (vgl. RGSt. **18** 115). Unerheblich ist, ob die betreffende Angabe zur Prüfung durch die Beteiligten oder zur Prüfung durch das Registergericht bestimmt ist (KB. **35**, vgl. RGSt. **24** 291). Nicht ausschließlich, wenngleich vorzugsweise sind getroffen Angaben in den bei Anmeldung gemäß § 195 abzugebenden Versicherungen oder beizufügenden Urkunden (§ 202 Anm. IIa 1).

d. **In Ansehung** eines der folgenden vier Gegenstände:

1. Zeichnung des Grundkapitals. Nach dem Sprachgebrauch des HGB. umfaßt Zeichnung nicht auch die in anderer Weise als gemäß § 189 erfolgende Übernahme von Grundkapitalanteilen (§ 188 Anm. IIIa). In Betracht kommen daher falsche Angaben in der in § 195 Abs. 2 Nr. 3 vorgeschriebenen Erklärung (§ 195 Anm. If 7), nicht etwa auch die Überreichung unverbindlicher oder gefälschter Erklärungen in einer Übernahmeverhandlung (§ 195 Anm. If 2, 3, zust. Ring Nr. 2). Darüber, wer als Zeichner anzusehen, entscheiden die allgemeinen Vorschriften (RGSt. **30** 313); über Zeichnung für fremde Rechnung vgl. § 182 Anm. IIc (der Strohmann ist Zeichner, RGSt. **30** 312); über Willensmängel bei Zeichnung vgl. § 182 Anm. IId.

2. Einzahlung des Grundvermögens („des Grundkapitals“; vgl. § **178 Anm.** IIa. Hierdurch sind unter Strafe gestellt hierauf bezügliche falsche Angaben in **den Erklärungen**, die § 195 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 Satz 1 und 2 vorschreiben (§ 195 **Anm.** If 7, e 2, 3. Über die vorgeschriebenen Einzahlungen vgl. § 195 **Anm.** IV, I e 2. **Die Strafbestimmung** erwähnt nicht auch falsche Angaben darüber, daß der eingeforderte Betrag **sich im Besitz** des Vorstands befindet (vgl. § 195 **Anm.** I e 2); nichtsdestoweniger erachtet **RGSt. 24** 29 auch hierauf bezügliche falsche **Angaben** als unter die Strafandrohung **fallend** (vgl. § 22 Anm. IIa 1; gegen die Ansicht des Reichsgerichts Staub⁸-Pinner Anm. 1).
3. Ausgabebetrag. Die entsprechende Versicherung ist vorgeschrieben in § 195 Abs. 3 Satz 2 (§ 195 Anm. I e 3, D. 128).
4. Die im § 186 vorgesehenen Festsetzungen. Bezüglich dieser **Festsetzungen** sind Angaben in §§ 191 ff., § 195 Abs. 2 Nr. 2, 5 vorgeschrieben. Schon **die Erstattung** der Gründererklärung und des Prüfungsberichts erfolgt zwecks Eintragung **der Gesellschaft** ins Handelsregister; der Tatbestand ist daher nicht erst erfüllt durch **Einreichung** bei dem Registergericht (vgl. KB. 35; dagegen Ring Nr. 2). Insbesondere **über die Strafbarkeit** falscher Angaben in der Gründererklärung vgl. RGSt. 18 111, § 202 **Anm.** II a 1.

e. **Zwecks Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.** Das Bewußtsein, **daß** die Angaben diesem Zweck dienen sollen, verbunden mit dem Wissen, daß sie **falsch sind**, genügt (RGSt. **30** 319). — Über falsche Angaben zwecks Eintragung einer **Erhöhung** des Grundkapitals vgl. § 313 Nr. 3; über falsche Angaben in **Darstellungen**, **Übersichten** über den Vermögensstand oder Vorträgen in Generalversammlungen vgl. § 314 Nr. 1; in sonstigen Fällen vgl. StGB. § 263.

f. **Machen.** Das Vergehen ist spätestens (oben Anm. I c, d 4) vollendet **mit der Einreichung** des die falschen Angaben enthaltenden Schriftstücks bei Gericht (**RGSt. 37** 27), **selbst wenn** damals noch nicht alle dem Richter zu unterbreitenden Schriftstücke vorlagen (**RGSt. 37** 27). Unerheblich ist, ob ein Erfolg eingetreten, z. B. ein Irrtum, sei es bei dem **Registerrichter**, sei es bei einem Dritten, erregt (M. 248, 251, RGSt. 37 27) oder eine **Vermögensbeschädigung** herbeigeführt (M. 251) oder eine Eintragung im **Handelsregister** geschehen ist (**RGSt. 37** 27). Der Tatbestand wird daher auch nicht durch spätere Einreichung **berichtigender Angaben** beseitigt, selbst wenn zu dieser Zeit eine Eintragung auf **Grund** der **früheren Einreichung** noch nicht erfolgt ist (RGSt. **37** 27).

II. **Falsche Angaben in Ankündigung (§ 313 Nr. 2).** Vgl. auch **die umfassendere Strafbestimmung** im BörsG. § 75 (§ 203 Anm. III b).

a. **Ankündiger.** Vgl. § 203 Anm. I a 2.
b. **Wissentlich.** Vgl. oben Anm. I b.
c. **Falsche Angaben.** Vgl. oben Anm. I c.
d. **In Ansehung der vorerwähnten Tatsachen.** Vgl. oben Anm. I d.
e. **In einer im § 203 bezeichneten Ankündigung**; also in einer vor der Eintragung der Gesellschaft oder in den ersten zwei Jahren nach Eintragung erlassenen öffentlichen **Ankündigung** der „Aktien“, um sie in den Verkehr einzuführen. **Vgl.** § 203 Anm. I a.

III. **Falsche Angaben zwecks Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals (§ 313 Nr. 3).** — Vgl. auch StGB. §§ 271, 272.

a. **Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats.** Vgl. § 312 Anm. I.
b. **Wissentlich.** Vgl. oben Anm. I b.
c. **Falsche Angaben.** Vgl. oben Anm. I c.
d. **In Ansehung** eines der folgenden fünf Gegenstände:
1. Einzahlung der bisherigen Kapitaleinlagen („**des bisherigen Kapitals**“; vgl. § 211 Anm. II, § 313 Anm. I d 2). Über die nach dieser Richtung **vorgeschriebene Versicherung** vgl. § 280 Anm. III.
2. Zeichnung des neu hinzugefügten Teils des Grundkapitals („**des erhöhten** Kapitals“). Vgl. oben Anm. I d 1. Über die nach dieser Richtung **vorgeschriebenen Angaben** vgl. § 284 Anm. II f 1.
3. Einzahlung der neuen Kapitaleinlagen („**des erhöhten Kapitals**“; vgl. § 21

Anm. II). Vgl. oben Anm. I d 2. Über die nach dieser Richtung vorgeschriebene Angabe und Versicherung vgl. § 284 Anm. II f 1, e 2.

4. Ausgabebetrag der neuen Anteilrechte. Vgl. oben Anm. I d 3. Über die nach dieser Richtung vorgeschriebene Versicherung vgl. § 284 Anm. II e 3, § 278 Anm. VIII c.

5. Die im § 279 bezeichneten Festsetzungen. Vgl. oben Anm. I d 4. Angaben nach dieser Richtung sind vorgeschrieben in § 284 Abs. 2 Nr. 2 (§ 284 Anm. II f 2). Da die Vorschrift des § 305 Abs. 2 nur einer Klarstellung bezüglich der Anwendung des § 284 Abs. 2 Nr. 2 auf die Fälle der §§ 305, 306 enthält (§ 305 Anm. III e 3), so ist auch eine falsche Angabe im Fall des § 305 Abs. 2 getroffen durch die Strafbestimmung des § 313 Nr. 3.

e. **Zwecks Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister.** Hierunter ist sowohl die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses, wie auch der erfolgten Erhöhung begriffen. Der Tatbestand liegt vor, auch wenn nur eins von beiden bezweckt war. Dies ist daraus zu schließen, daß vom Registergericht der oben zu d 1 genannte Gegenstand vor Eintragung des Erhöhungsbeschlusses, die zu d 2—5 genannten Gegenstände vor Eintragung des Erfolgtseins der Erhöhung zu prüfen sind, und die Strafvorschrift in erster Reihe (wenngleich nicht ausschließlich, oben Anm. I c) wahre Angaben gegenüber dem Registergericht sichern soll.

IV. **Bestrafung.** Vgl. § 312 Anm. III.

§ 314.

Unwahre Berichte, Verstöße bei Ausgabe von Mitgliedscheinen.

Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths oder Liquidatoren werden mit Gefängniß bis zu einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu zwanzigtausend Mark bestraft, wenn sie wissentlich

1. in ihren Darstellungen, in ihren Uebersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft oder in den in der Generalversammlung gehaltenen Vorträgen den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft unwahr darstellen oder verschleiern;
2. auf Namen lautende Aktien, in denen die im § 179 Abs. 4 vorgeschriebene Angabe nicht enthalten ist, oder auf den Inhaber lautende Aktien ausgeben, bevor darauf der Nennbetrag oder, falls der Ausgabepreis höher ist, dieser Betrag voll geleistet ist;
3. Aktien oder Interimsscheine ausgeben, bevor die Gesellschaft oder im Falle einer Erhöhung des Grundkapitals die erfolgte Erhöhung in das Handelsregister eingetragen ist;
4. außer den Fällen des § 180 Abs. 2, 3 Aktien oder Interimsscheine ausgeben, die auf einen geringeren Betrag als eintausend Mark gestellt sind;
5. in den Fällen des § 180 Abs. 2, 3 Aktien oder Interimsscheine ausgeben, in denen die im § 180 Abs. 4 vorgeschriebenen Angaben nicht enthalten sind.

Im Falle der Nr. 1 kann zugleich auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

ADH. Art. 249 b. **Entw. I** § 286. **Entw. II** § 305.

I. **Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrat oder Liquidatoren.** Vgl. § 312 Anm. I. Auch in den Fällen der Nr. 2—5 können sowohl Aufsichtsratsmitglieder (vgl. § 209 Anm. II a)

wie auch Liquidatoren (§ 179 Anm. II a, § 294 Anm. II b 9) als Täter in Betracht komm[illegible] Über die Frage, ob Voraussetzung der Strafbarkeit ist, daß der Täter in dienstlicher Eigen[illegible] schaft handelt, vgl. unten Anm. III a 4, § 209 Anm. II a. Über die Frage, ob Strafbar[illegible] nur eintritt, wenn die Handlung von dem Mitglied der Gesellschaftsbehörde in dienstlich[illegible] Eigenschaft begangen ist, vgl. § 312 Anm. II a, § 314 Anm. III a 4.

II. **Wissentlich.** Vgl. § 313 Anm. I b. Das Merkmal der Wissentlichkeit ist (abweichend [illegible] dem früheren Art. 249 b ADH.) ein allen Fällen des § 314 gemeinsames (RGSt. [illegible] 358). Keine Strafbarkeit gemäß § 314 Nr. 1 tritt ein, wenn das betreffende Mitglied die Un[illegible] wahrheit der Darstellung nicht gekannt hat, wenngleich sie ihm hätte bekannt sein müssen [illegible] z. B. wenn er sich auf Buchungen von Angestellten verlassen hat, obgleich er zivilrechtlich [illegible] Nachprüfung verpflichtet war (RG. 23 XI 93 HoldheimsMSchr. 94 71).

III. **Unwahres Darstellen oder Verschleiern (§ 314 Nr. 1).** Über falsche Angaben zwecks Eintragung der Gesellschaft, in öffentlichen Ankündigungen zwecks Einführung von Anteil[illegible] rechten in den Verkehr oder zwecks Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals vgl. § 31[illegible] Über betrügerische Einwirkung auf den Börsen- oder Marktpreis und unrichtige Angaben [illegible] Prospekten oder öffentlichen Kundgebungen vgl. BörsG. § 75. Über Bestechung der Pre[illegible] zwecks Einwirkung auf den Börsenpreis vgl. BörsG. § 76. Über Vermögensbeschädigung durch Irrtumserregung vgl. StGB. § 263.

a. **Darstellungen, Übersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft, in der Generalversammlung gehaltene Vorträge.** Nur wenn in diesen Kundgebungen das Darstellen oder Verschleiern erfolgt, fällt es unter § 314 Nr. 1.

1. Darstellung. Das Hinzufügen der beschränkenden Worte „in ihren Darstellungen usw.“ hat nur einen Sinn, wenn mit „Darstellung“ eine weniger weite Bedeutung verbunden werden sollte als mit „darstellen“; aus dem Nebeneinanderstellen jener drei Möglichkeiten „Darstellung, Übersicht, Vortrag“ folgt ferner, daß der Begriff der „Darstellung“ so eng gezogen ist, daß er nicht auch eine „Vermögensübersicht“ oder einen „Vortrag in der Generalversammlung“ einbegreifen sollte. Hiernach wird man unter Darstellungen zwar nicht ausschließlich schriftliche Auseinandersetzungen zu verstehen haben, aber doch nur Darlegungen, die sich äußerlich, sei es durch ihren Inhalt, sei es durch die Stelle, wo [illegible] vorgebracht werden, als von größerer Erheblichkeit kennzeichnen; nicht dagegen auch unbedeutendere, gelegentliche Äußerungen (dagegen Ring Nr. 2). Unter § 314 Nr. 1 fallen nicht nur Darlegungen, welche zur Einsicht oder Mitteilung an die Aktionäre oder zur Veröffentlichung für Dritte gelangen sollen, sondern auch die an eine andere Gesellschaftsbehörde gerichteten, z. B. Berichte des Vorstands an den Aufsichtsrat (RGSt. 5 14[illegible]. Eine unwahre Darstellung liegt auch in dem Unterlassen einer Bemerkung in den Fällen, in denen die Verpflichtung, eine Bemerkung zu machen, vorlag; so z. B. wenn die Aufsichtsratsmitglieder dulden, daß der Vorstand eine — wie ihnen bekannt, unrichtige — Bilanz vorlegt (Staub[illegible]-Pinner Anm. 5; vgl. RGSt. 14 81).

2. Übersichten über den Vermögensstand. Hierunter fallen namentlich die Bilanzentwürfe (M. 252, RGSt. 14 82, 36 437). Nicht nur Übersichten, in denen der Vermögensstand besser, sondern auch solche, in denen er schlechter dargestellt wird als der Wahrheit bei Beobachtung der Bilanzgrundsätze entspricht (ebenso Staub[illegible]-Pinner Anm. [illegible] Simon 302 bei Anm. 40, vgl. RG. 43 127; dagegen Neukamp ZHR. 48 450 ff.). Indessen ist zu beachten, daß Minderbewertungen von Betriebsgegenständen handelsüblich und durch zwingendes Recht nicht verboten sind (§ 40 Anm. II e). Der Umstand, daß eine derartige Minderbewertung in der Vermögensübersicht vorhanden, macht, da infolge jenes Handelsgebrauchs jeder hierauf gefaßt sein muß, nicht strafbar (unten zu c), außer wenn etwa gleichzeitig deren Vorhandensein ausdrücklich in Abrede gestellt wird (Staub-Pinner Anm. 7, Simon Festg. f. Koch 412).

3. Vorträge in der Generalversammlung. Als Generalversammlung in diesem Sinn gilt auch die vor Eintragung der AG. abgehaltene (vgl. auch § 197 Anm. II b [illegible] § 196 Anm. II b).

4. „Ihren.“ Die Worte „ihren“ stehen wohl im Sinn von „in jener Eigenschaft gemacht“

(Rudorff), so daß in dieser Beziehung zwischen Darstellungen und Übersichten einerseits und Vorträgen andererseits zu unterscheiden ist. Auch RGSt. 5 149 verlangt, daß die Darstellung von dem Mitglied der Gesellschaftsbehörde in dieser seiner Eigenschaft gemacht werde (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 5, Esser Anm. 5, Pinner Anm. II 1, Ring Nr. 2); hiernach wären private Mitteilungen und in Zeitungen ohne Angabe des Urhebers erscheinende Berichte nicht nach § 314 strafbar. Daß die Handlung nicht in dienstlicher Eigenschaft vorgenommen zu sein brauche, ist dagegen bezüglich der dem § 312 entsprechenden Bestimmung des Genossenschaftsgesetzes angenommen in RGSt. 26 137 (§ 312 Anm. II a). — Der § 314 Nr. 1 ist nicht bloß auf den Fall anwendbar, daß die Darstellung usw. durch ein einzelnes Mitglied der Gesellschaftsbehörde erfolgt, sondern auch darauf, daß von der Gesellschaftsbehörde als Behörde die Darstellung usw. ausgeht, und das betreffende Mitglied der Behörde trotz Kenntnis von der Unwahrheit oder Verschleierung unterläßt, Widerspruch zu erheben (vgl. z. B. § 196 Anm. II b).

b. **Stand der Verhältnisse der Gesellschaft.** Der Begriff ist ein weiterer als „Vermögensstand" (Staub[8]-Pinner Anm. 9; vgl. auch PrivVersUntG. § 111: „Stand des Vereins"); nicht nur Mitteilungen über Vermögensgegenstände oder Verbindlichkeiten sind getroffen, sondern auch Angaben über sonstige Beziehungen der Gesellschaft (vgl. RGSt. 21 172), z. B. den Stand ihres Betriebs. Erfordert ist auch nicht, daß die Mitteilung den Gesamtstand der Gesellschaft betrifft; vielmehr genügt auch, wenn sie sich nur auf ein einzelnes Geschäft oder Verhältnis, z. B. den Inhalt eines einzelnen Vertrags, bezieht (RGSt. 21 173). Indessen sind straflos Verschleierungen von Tatsachen, die zwar ursprünglich den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft berührten, deren Folgen aber zurzeit der Darstellung oder Verschleierung bereits vollständig ausgeglichen sind. So dürfen z. B. die Unterschlagung eines Gesellschaftsbeamten oder ein sonstiger Verlust aus voraussichtlich nicht wiederkehrender Ursache, auch wenn sie ursprünglich durch ihre Erheblichkeit den Stand der Verhältnisse berührten, unerwähnt bleiben, wenn sie inzwischen bereits vollständig durch den Schuldigen oder durch Dritte gedeckt worden sind (Simon Festg. f. Koch 411 und ihm folgend Staub[8]-Pinner Anm. 3).

c. **Unwahr darstellen oder verschleiern.** Eine Täuschungsabsicht wird wohl stets vorhanden sein; doch ist dies nicht als besonderes Merkmal hervorgehoben, braucht daher nicht besonders festgestellt zu werden (RGSt. 14 83; abweichend Neukamp ZHR. 48 461, Simon Festg. f. Koch 412). Ob die Täuschung gelungen, ist unerheblich; ebenso, ob eine Vermögensbeschädigung eingetreten ist (M. 248). Kein unwahres Darstellen liegt in einem nach den Bilanzgrundsätzen zulässigen oder gebotenen (§ 40 Anm. II, § 261 Anm. VI e) Abweichen vom wahren Wert in den Bilanzansätzen. Außerordentliche Überweisungen zum Zwangsreservefonds oder andere Rücklagen zwecks Erzielung größerer Stetigkeit in der Höhe der Gewinnverteilungen sind nicht strafbar, soweit sie ohne Verschleierung in der Bilanz zum Ausdruck kommen (KB. 89). Ebensowenig aber stille Rücklagen, soweit sie im Rahmen des nach Bilanzgrundsätzen Zulässigen bleiben (oben Anm. III a 2; vgl. jedoch KB. 89). Ein unwahres Darstellen liegt auch in einem bewußt unrichtigen Schätzen (Staub[8]-Pinner Anm. 6), so z. B. in Einsetzung zweifellos unterwertiger Außenstände zum Nennwert (RGSt. 14 82).

IV. **Vorschriftswidriges Ausgeben von Mitgliedscheinen (§ 314 Nr. 2—5).**

a. **Ausgeben** bezeichnet in Nr. 2—5 nur das Ausgeben von Urkunden (§ 184 Anm. I). Ein Ausgeben liegt nicht schon (was Pinner Anm. III annimmt) in der Aussonderung, sondern erst in der Besitzübertragung.

b. **Mitgliedscheine.** Vgl. § 179 Anm. IV, V.

c. **Die einzelnen Fälle.**

1. Verstoß gegen die Beschränkungen der Ausgabe von Aktienurkunden vor Volleistung der Kapitaleinlage (§ 314 Nr. 2). Vgl. § 179 Anm. VI. Kapitaleinlage vgl. § 211 Anm. II. Ausgabepreis vgl. § 184 Anm. I. Die Ausgabe der einzelnen Aktie ist statthaft nicht erst nach Vollzahlung aller Kapitaleinlagen, sondern schon sobald die für den betreffenden Grundkapitalanteil versprochene Kapitaleinlage voll eingezahlt ist (KB. 35).

2. Ausgeben von Mitgliedscheinen vor Eintragung der Gesellschaft bezw. des Erfolgtseins der Grundkapitalerhöhung (§ 314 Nr. 3). Vgl. § 310 Anm. IV, § 287 Anm. I. Unerheblich ist, ob der Erhöhungsbeschluß überhaupt an sich geeignet war, zur Eintragung zu führen, z. B. wegen nicht genügender Mehrheit (RGSt. 30 354).
3. Ausgeben von Mitgliedscheinen mit geringerem Nennbetrag als 1000 Mk. in anderen als den zugelassenen Fällen (§ 314 Nr. 4). Vgl. § 180 Anm. II, § 278 Anm. VII. Nur das Ausgeben der Urkunden, nicht schon das unerlaubte Zerlegen des Grundkapitals und Zuteilen von Grundkapitalanteilen ohne hinzukommende Urkundenausgabe ist — so wie das Gesetz lautet (vgl. § 180 Anm. Ia) — mit Strafe bedroht (oben Anm. IVa).
4. Ausgeben von Kleinmitgliedscheinen, in denen die Genehmigung des Bundesrats bezw. die Übertragungsbeschränkungen nicht ersichtlich gemacht sind (§ 314 Nr. 5). Vgl. § 180 Anm. II, § 278 Anm. VII.

V. **Bestrafung.** Vgl. § 312 Anm. III.

§ 315.

Nichtbildung beschlußfähigen Aufsichtsrats. Unterbleiben des Konkursantrags.

Mit Gefängniß bis zu drei Monaten und zugleich mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark werden bestraft:

1. die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren sowie die Mitglieder des Aufsichtsraths, wenn länger als drei Monate die Gesellschaft ohne Aufsichtsrath geblieben ist oder in dem letzteren die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl von Mitgliedern gefehlt hat;
2. die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren, wenn entgegen den Vorschriften des § 240 Abs. 2 und des § 298 Abs. 2 der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens unterblieben ist.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

Straflos bleibt derjenige, bezüglich dessen festgestellt wird, daß die Bestellung oder Ergänzung des Aufsichtsraths oder der Eröffnungsantrag ohne sein Verschulden unterblieben ist.

ADH. Art. 249c. **Entw. I** § 287. **Entw. II** § 306.

I. **Nichtbildung beschlußfähigen Aufsichtsrats (§ 315 Nr. 1).**

a. **Die Mitglieder des Vorstands oder die Liquidatoren sowie die Mitglieder des Aufsichtsrats.** Vgl. § 312 Anm. I. Durch die von §§ 312, 314 abweichende Fassung soll ausgedrückt werden, daß nicht nebeneinander Vorstandsmitglieder und Liquidatoren als Mittäter in Betracht kommen können (§ 294 Anm. IIc 1 RGSt. 25 87), wohl aber jede von beiden Beamtenarten neben Aufsichtsratsmitgliedern.

b. **Fehlen eines Aufsichtsrats oder der zur Beschlußfähigkeit erforderlichen Zahl von Mitgliedern.** Über die Notwendigkeit eines Aufsichtsrats vgl. § 243 Anm. I; ob er auch bei älteren Gesellschaften notwendig, § 243 Anm. Ib. Vorhanden ist ein Aufsichtsrat auch, wenn durch nachträgliche (vgl. ROH. 14 314) Änderung ein Teil der durch Gesetz oder Satzung vorgeschriebenen Zahl von Mitgliedern (§ 243 Anm. IIa) wieder ausgeschieden ist. Nur kann er — gemäß allgemein für Fälle der Gesamtvertretung (§ 247 Anm. Ib) geltender Regel —, solange die Vollzahl nicht vorhanden, nicht als Behörde handeln, es sei denn, daß die Satzung das Gegenteil bestimmt, und (was aus § 243 Abs. 1 abzuleiten) noch drei Mitglieder vorhanden sind (§ 243 Anm. IIa). Diese zum Handeln erforderliche Zahl ist

in § 315 Nr. 1 mit den Worten „zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl" gemeint (dagegen Ring Nr. 1). Nach gewöhnlichem Sprachgebrauch wird unter Beschlußfähigkeit etwas anderes verstanden (§ 243 Anm. III a), nämlich diejenige Zahl von Mitgliedern, welche bei Fassung des betreffenden Beschlusses anwesend sein muß, damit ein gültiger Beschluß gefaßt werden kann. Die zum Handeln erforderliche Zahl vorhandener (und mithin eingeladener, wenngleich nicht in der einzelnen Sitzung erschienener) Aufsichtsratsmitglieder kann im Einzelfall größer sein als die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl der in einer einzelnen Sitzung Anwesenden. Ob ein Teil der vorhandenen Mitglieder durch Krankheit oder aus anderen Gründen verhindert ist, ihr Amt auszuüben, ist unerheblich (Staub[8]-Pinner Anm. 1), selbst wenn die Verhinderung eine dauernde ist (dagegen Pinner Anm. I), denn nur auf die Zahl der vorhandenen Mitglieder legt § 315 Nr. 1 Gewicht. — Nach RGSt. **5** 162 greift die Strafandrohung Platz selbst, wenn die Gesellschaft nichtig ist; erheblich sei nur, daß sie eingetragen sei. Auch während des Konkurses ist für Vorhandensein eines Aufsichtsrats zu sorgen (OLG. Hamburg 19 X 87 ZHR. **37** 554). — Die dreimonatliche Frist beginnt frühestens mit der Eintragung (Ring Nr. 1, Pinner Anm. I). — Keine Strafe ist angedroht für den Fall, daß nicht die genügende Zahl von Vorstandsmitgliedern oder Liquidatoren ernannt wird (vgl. § 296 Anm. I a 2, Simon ZHR. **49** 13).

II. **Unterbleiben des vorgeschriebenen Konkursantrags (§ 315 Nr. 2).**

a. **Die Mitglieder des Vorstands oder die Liquidatoren.** Vgl. oben Anm. I a. Hat die Liquidation begonnen, so haben nicht mehr die Vorstandsmitglieder, sondern die Liquidatoren Recht und Pflicht zur Stellung des Konkursantrags (RGSt. **25** 87). Da jedes Vorstandsmitglied und jeder Liquidator auch für sich allein den Konkursantrag stellen kann, so entschuldigt ihn nicht, wenn er überstimmt ist (§ 240 Anm. III b 1).

b. **Vorschriftswidriges Unterbleiben.** Der § 240 Abs. 2 schreibt vor, daß der Vorstand die Eröffnung des Konkurses zu beantragen habe, sobald Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt oder bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz sich ergibt, daß das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt. Hierüber vgl. § 240 Anm. I, III. Aus § 298 Abs. 2 folgt die entsprechende Anwendbarkeit der vorstehenden Bestimmung auf Liquidatoren (§ 298 Anm. I k 2). Aus dem Wortlaut des § 240 folgt, daß der Konkursantrag zu stellen ist, „sobald" in zweifelsfreier Weise (RGSt. **37** 26) die Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist oder in der dort näher angegebenen Weise die Überschuldung sich ergeben hat (ähnlich Goldmann Nr. 5). Die Strafe ist daher verwirkt, sobald nach diesem Zeitpunkt nicht ein Konkursantrag mit der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Beschleunigung gestellt ist. Nicht beizustimmen ist daher der Ansicht von Staub[8]-Pinner Anm. 3 und Ring Nr. 2, daß der Vorstand eine mäßige Zeit noch vorübergehen lassen dürfe, wenn es auf Grund schwebender Verhandlungen nicht aussichtslos erscheine, die eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung wieder zu beseitigen (ebenso RGSt. **37** 26, 325); nur strafmildernd wird dies in Betracht kommen können. Auch die entsprechende Verpflichtung zur Zahlungseinstellung (§ 240 Anm. III b 2) tritt sofort ein. Nach feststehender Rechtsprechung wird jedoch von dem Fall der Zahlungseinstellung der Fall der Zahlungsstockung unterschieden; legt man diese Unterscheidung zu grund, so würde die Anzeige der Zahlungsstockung nicht in § 240 vorgeschrieben, die Nichtanzeige mithin in § 315 nicht mit Strafe bedroht sein (vgl. RGSt. **37** 326). — Bei Versicherungsgesellschaften auf Aktien ist statt eines Konkursantrags an das Gericht eine Anzeige an die Aufsichtsbehörde zu richten (PrivVUntG. § 68 Abs. 2). Die Unterlassung dieser Anzeige ist mit Strafe bedroht durch PrivVUntG. § 109, der dem § 315 HGB. nachgebildet ist.

III. **Bestrafung.** Vgl. § 312 Anm. III. — Durch Ordnungsstrafen kann nicht die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern (LG. Altenburg 13 IV 89 ZHR. **48** 476), sondern nur die Bekanntmachung einer erfolgten Wahl erzwungen werden (§ 244 Anm. III).

IV. **Straflosigkeit des Schuldlosen (§ 315 Abs. 3).** Der Art. 249c Abs. 3 ADH. lautete: „Die Strafe tritt nicht gegen denjenigen ein, welcher nachweist, daß die Bestellung oder Ergänzung des Aufsichtsrats oder der Eröffnungsantrag ohne sein Verschulden unterblieben ist". Durch die — im Anschluß an GmbHG. § 84 Abs. 3 erfolgte — Änderung der Fassung

soll nur ausgedrückt werden, daß nicht die für das Zivilverfahren maßgebenden Regeln des Parteibeweises gelten, sondern daß auch zu gunsten des Angeklagten von Amts wegen Beweis zu erheben ist. Trotzdem genügt auch nach der neuen Fassung an sich die Feststellung der in Abs. 1 aufgeführten Tatsachen. Entsprechend den für Strafausschließungsgründe (StGB. §§ 51 ff.) allgemein geltenden Regeln ist eine besondere Feststellung bezüglich des Verschuldens nur erforderlich, wenn ein Zweifel hieran in der Hauptverhandlung angeregt ist oder sonst der besondere Fall hierzu Veranlassung gab (dagegen Rudorff). Und nur wenn in der Feststellung die Schuldlosigkeit ausdrücklich bejaht werden kann, tritt Straflosigkeit ein (Begr. zu GmbHG. S. 93); für Zweifelsfälle ist nach der Fassung des § 315 Vorsatz oder Fahrlässigkeit als vorhanden vorausgesetzt (ähnlich Pinner Anm. IV, Goldmann Nr. 2, Staub⁷ Pinner Anm. 4; dagegen Ring Nr. 3, Staub⁷ Anm. 4). — Der Mangel eines Verschuldens kann beruhen auf Gründen, die in der Person des betreffenden Mitglieds liegen, z. B. wenn Krankheit die Wahrnehmung der Obliegenheiten hindert; im Fall der Nr. 1 (in der Regel nicht auch im Fall der Nr. 2; oben Anm. IIa) auch auf äußeren Hindernissen, z. B. wenn das Mitglied innerhalb seiner Behörde überstimmt wird, oder wenn ohne sein Verschulden die Generalversammlung die gestellten Anträge beharrlich verwirft (vgl. RGSt. 5 165, RG. 48 46, oder wenn die Gewählten die Wahl nicht annehmen. Ob auch, wenn verfügbares Gesellschaftsvermögen zur Bezahlung der Kosten einer Berufung der Generalversammlung nicht vorhanden ist, vgl. § 319 Anm. IIe. Keine Entschuldigung bildet die Unkenntnis des Strafgesetzes, ebensowenig ohne weiteres die Unkenntnis der zivilrechtlichen Pflicht, für Bestellung eines Aufsichtsrats zu sorgen; anders nur, wenn bei gewissenhaftem Bestreben, die nach dem Gesetz obliegenden Aufgaben zu beobachten, über den genauen Umfang der letzteren ein Irrtum bestand (RG. 5 163).

§ 316.

Fälschung von Stimmrechtsnachweisen.

Wer über die Hinterlegung von Aktien oder Interimsscheinen Bescheinigungen, die zum Nachweise des Stimmrechts in einer Generalversammlung dienen sollen, wissentlich falsch ausstellt oder verfälscht oder von einer solchen Bescheinigung, wissend, daß sie falsch oder verfälscht ist, zur Ausübung des Stimmrechts Gebrauch macht, wird mit Gefängniß bis zu einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu zehntausend Mark bestraft. Daneben kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

ADH. Art. 249d Nr. 3. **Entw. I** § 288. **Entw. II** § 307.

I. **Hinterlegung von Mitgliedscheinen.** Vgl. § 255 Anm. III.

II. **Bescheinigungen, die zum Nachweis des Stimmrechts in einer Generalversammlung dienen sollen.** Unter § 316 fallen nicht auch Bescheinigungen, die nur zur Teilnahme an der Generalversammlung ohne Stimmrecht ermächtigen sollen (vgl. § 255 Anm. III). Der § 316 trifft nur diejenigen Urkunden, durch welche das Stimmrecht des Anteilberechtigten nachgewiesen werden soll, nicht auch diejenigen Urkunden, durch welche die in der Generalversammlung erscheinende Person ihre Ermächtigung zur Vertretung des Anteilberechtigten nachweist.

III. **Fälschung oder Benutzung der Fälschung.** Vgl. die zu StGB. §§ 267, 270 ergangenen Entscheidungen. Eine strafbare Handlung liegt vor, wenn nur einer der nachstehend angeführten drei Tatbestände gegeben ist („oder“):

a. **Wissentlich falsches Ausstellen.** Wissentlich vgl. § 313 Anm. Ib. Falsches Ausstellen liegt vor sowohl, wenn die Bescheinigung von anderen Personen als den zur Ausstellung berechtigten, unter dem Schein, als ob sie von diesen herrühre, ausgestellt worden ist, wie auch, wenn die Ausstellung von den berechtigten Personen mit wahrheitswidrigem Inhalt erfolgt ist (M. 255).

b. **Verfälschen** enthält ein nachträgliches Ändern einer ursprünglich nicht falschen Urkunde.

c. **Gebrauchmachen zur Ausübung des Stimmrechts, wissend, daß die Bescheinigung falsch oder verfälscht ist.**

1. Zur Ausübung des Stimmrechts macht nur Gebrauch wer mitstimmt (ebenso Staub[s]-Pinner Anm. 1; dagegen Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 2), oder in dessen Namen mit seinem Wissen gestimmt wird (unten zu 3). „Zur Ausübung" steht nicht im Sinn von „um möglicherweise später einmal auszuüben", sondern im Sinn von „indem ausgeübt wird". Nicht unter § 316 fällt daher ein Gebrauchmachen zum Zweck der Vorspiegelung, daß ein Stimmrecht vorhanden ist (vgl. jedoch § 252 Anm. IIIa); so z. B. wenn die Satzung eine Berechnung der Mehrheit nach der Zahl der anwesenden (wenngleich nicht mitstimmenden) Stimmberechtigten vorschreibt, und der mit falschem Stimmrechtsnachweis Ausgestattete sich der Abstimmung enthält.

2. Gebrauchmachen. Das Gebrauchmachen braucht nicht bei der Abstimmung zu erfolgen; strafbar ist auch das vorherige Gebrauchmachen zum Zweck, die Zulassung zum Mitstimmen zu erwirken mit folgendem Mitstimmen. So z. B. bei Vorweisung an den Türhüter behufs Erlangung des Eintritts zum Abstimmungsraum (Staub[s]-Pinner Anm. 1). Auch bei Vorweisung an diejenigen Personen, welche das Verzeichnis der Teilnehmer aufstellen, wenn (§ 258 Anm. Ia) im Einzelfall dies Verzeichnis gleichzeitig als Grundlage für die Prüfung der Stimmberechtigung benutzt wird. Sind jedoch diejenigen Personen, welche die Urkunde zu prüfen haben, davon unterrichtet, daß sie falsch oder verfälscht ist, so wird es in der Regel an dem erforderlichen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Gebrauchmachen und der Ausübung des Stimmrechts (vgl. RGSt. 1 230) fehlen. — Unerheblich ist, ob das Gebrauchmachen von dem falschen Nachweis Einfluß auf das Zustandekommen oder Nichtzustandekommen von Beschlüssen gehabt hat (M. 255).

3. Wissend, daß die Bescheinigung falsch oder verfälscht war. Stimmt ein Vertreter (§ 252 Anm. IV) desjenigen, dem der Stimmrechtsnachweis erteilt ist, so ist derjenige von beiden strafbar, der wußte, daß die Bescheinigung falsch oder verfälscht war; wußten es beide, so sind beide strafbar. — Nicht unter § 316, sondern in der Regel unter StGB. § 271 fällt das Gebrauchmachen von einer echten Bescheinigung mit dem falschen Vorgeben, man sei die Person, auf deren Namen die Bescheinigung ausgestellt sei (Staub[s]-Pinner Anm. 2).

IV. **Bestrafung.** Vgl. § 312 Anm. III. Soweit zugleich der Tatbestand der Urkundenfälschung oder des Betrugs vorliegt, kommen nach StGB. § 73 die Strafen der §§ 267 ff., 270 ff. StGB. bzw. §§ 263 ff. StGB. zur Anwendung (M. 255).

V. **Der Art. 249d Nr. 1 und 2 ADH.** ist ersetzt durch BörsG. § 75 (D. 173).

§ 317.

Besondere Vorteile für Stimmen in gewissem Sinn oder Nichtstimmen.

Wer sich besondere Vortheile dafür gewähren oder versprechen läßt, daß er bei einer Abstimmung in der Generalversammlung in einem gewissen Sinne stimme oder an der Abstimmung in der Generalversammlung nicht Theil nehme, wird mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängniß bis zu einem Jahre bestraft.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher besondere Vortheile dafür gewährt oder verspricht, daß Jemand bei einer Abstimmung in der Generalversammlung in einem gewissen Sinne stimme oder an der Abstimmung in der Generalversammlung nicht Theil nehme.

ADH. Art. 249e. **Entw. I** § 289. **Entw. II** § 308.

I. **Wer sich besondere Vorteile gewähren oder versprechen läßt oder besondere Vorteile gewährt oder verspricht.**

a. **Empfänger des Vorteils oder Vorteilversprechens.** Das ganz allgemeine „**wer**" wird da durch eingeschränkt, daß vorausgesetzt ist, jener „wer" sei berechtigt, zu „**stimmen**", „an der Abstimmung teilzunehmen". **Als Empfänger des Vorteils oder Vorteilversprechens** kann daher nur in Betracht kommen ein Anteilberechtigter (sei er Eigenberechtigter oder Treuhänder) oder dessen zur Ausübung des Stimmrechts ermächtigter Bevollmächtigter oder sonstiger Vertreter (M. 256); oder ein künftiger Anteilberechtigter oder Vertreter. Über Strohmänner insbesondere vgl. unten Anm. II a. — Das „sich" gehört nicht zu „Vorteile", dagegen in gleicher Weise zu „gewähren" und zu „versprechen". Diese Wortfassung läßt jedoch zweifelhaft, ob die Vorschrift verschiedene Tragweite für jeden der beiden Fälle haben soll. Denn derjenige, dem ein Vorteil gewährt wird, muß stets Empfänger des Vorteils sein (dagegen Ring Nr. 2); dagegen kann derjenige, dem ein Vorteil versprochen wird, an sich verschieden sein von demjenigen, dem der Vorteil zukommen soll. Aus der Nebeneinanderstellung beider Fälle ist jedoch abzuleiten, daß auch bezüglich des „versprechen" nur das gemeint ist, was bezüglich des „gewähren" allein gemeint sein kann, daß mithin unter den § 317 nicht das Versprechen eines Vorteils zu gunsten eines Dritten (z. B. eines wohltätigen Vereins) fällt (dagegen Ring Nr. 2). Anders nur in den Fällen, und dies sowohl bezüglich des „gewähren" wie auch des „versprechen", in denen der dem Dritten (z. B. einem nahen Angehörigen) zufließende Vorteil zugleich ein Vorteil für den Stimmberechtigten ist (unten Anm. I c 2).

b. **Gewähren oder Versprechen** (Abs. 2) und **Gewähren- oder Versprechenlassen** (Abs. 1). Das „Lassen" steht nicht im Sinn des Duldens, sondern im Sinn des Mitwirkens bei der Empfangnahme oder bei einem hierauf bezüglichen Vertrag. Unerheblich ist, von welchem Teil das Vertragsanerbieten ausgegangen ist (RGSt. 12 123). Vollendet ist die strafbare Handlung mit der Annahme des Versprechens oder des Vorteils, gleichgültig ob die fragliche Abstimmung stattgefunden und ob hierbei der Vorteilempfänger im entsprechenden Sinn gestimmt bzw. sich der Abstimmung enthalten hat (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 5). Eine ausdrückliche oder stillschweigende Zusage seitens des Vorteilempfängers ist nur Voraussetzung der Strafbarkeit gemäß Abs. 1 (RGSt. 12 123), nicht auch gemäß Abs. 2 (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 4, Ring Nr. 2). Nicht unter § 317 fällt das Sichverschaffen besonderer Vorteile auf Kosten der Gesellschaft oder anderer Aktionäre durch eigene Kraft, z. B. durch Herbeiführung dahingehender Mehrheitsbeschlüsse mittels einer eigenen großen Zahl von Anteilrechten. Auch eine Verabredung mehrerer Aktionäre, sich mit gemeinschaftlichen Kräften solche Vorteile zu verschaffen, ist an sich nicht strafbar (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 8, Ring Nr. 3). In diesen Beziehungen ist dem Mißbrauch nur vorgebeugt durch die zivilrechtlichen Vorschriften über Sonderrechte. — Verträge, die gegen § 317 verstoßen, sind nichtig (BGB. § 134, RG. 25 261; vgl. 38 260). Über die Pflicht zur Herausgabe des Vorteils BGB. § 817. — Über entgeltliche Leihe vgl. HGB. § 318. — Ob die Tat schon nach früherem Recht als Anstiftung zu der Tat des Abs. 1 strafbar war, vgl. RGSt. 12 122.

c. **Besondere Vorteile.** Vgl. § 186 Anm. I a.

1. „Besondere" steht im Gegensatz zu einem, sei es für die Gesellschaft, sei es gleichmäßig für alle Aktionäre erzielten Nutzen (zust. Ring Nr. 3, abweichend Pinner Anm. II 1a, Staub[8]-Pinner Anm. 2, Goldmann Nr. 1). Ein „besonderer" Vorteil ist mithin auch derjenige, der mehreren Aktionären, z. B. allen bezüglich einer einzelnen Aktiengattung Berechtigten, zu gut kommen soll.

2. Vorteil. Dies ist umfassender als Vermögensvorteil (ebenso Pinner Anm. II 1a, Staub[8]-Pinner Anm. 3, Ring Nr. 3, Goldmann Nr. 1). Ein Vorteil in diesem umfassenden Sinn liegt auch in einem vorübergehenden sinnlichen Genuß (RGSt. 4 4, 9 166) oder in der Erlangung einer Ehrenstellung, z. B. als unbesoldetes Aufsichtsratsmitglied; ebenso in einer Zuwendung an Angehörige des zur Ausübung des Stimmrechts Berechtigten. Handelt es sich um eine durch die Generalversammlung zu vergebende Zuwendung, z. B. um Wahlen, so liegt ein Vorteil nur dann vor, wenn mehr zu

gewendet werden soll, als der Zuwendungsempfänger sich aus eigener Kraft verschaffen könnte (oben Anm. Ib). Ist das Maß des letzteren ungewiß, so ist auch diese Ungewißheit in Rechnung zu ziehen. Wird auf Grund solcher Ungewißheit zwischen zwei einander entgegenstehenden Aktionärgruppen ein Vergleich über die künftige Abstimmung geschlossen, so liegt darin nur ein Vorausnehmen des ohnehin voraussichtlich eintretenden Ergebnisses, also im Verhältnis zu jenem Ergebnis für keine Gruppe ein Vorteil. Ein solcher Vergleich dient zur möglichsten Milderung von Sonderbevorzugungen, kann daher nicht strafbar sein (Staub[8]-Pinner Anm. 8, Ring Nr. 3).

II. **Für Stimmen in der Generalversammlung in gewissem Sinn oder für Nichtteilnahme an der Abstimmung.**

a. **„Dafür."** Eine etwaige Zahlung des Auftraggebers an den Beauftragten, dem er Vollmacht zum Stimmen in der Generalversammlung erteilt, ist erlaubt (Staub[8]-Pinner Anm. 6), denn diese Zahlung ist in erster Reihe eine Gegenleistung für die Übernahme der Vertretung überhaupt, nicht für das Stimmen in gewissem Sinn, wenngleich im Einzelfall vorgeschrieben sein mag, wofür gestimmt werden soll. Anders im Zweifel bei Zahlungen des Auftraggebers an denjenigen Beauftragten, der nach außen nicht als Vertreter, sondern in eigenem Namen auftreten soll (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 7, Pinner Anm. II 2, Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 1). Hier — insbesondere bei Dingung von Strohmännern für eine einzelne Generalversammlung — wird im Zweifel die Absicht als in erster Reihe dahingehend aufzufassen sein, daß die Gedungenen für ein Stimmen in gewissem Sinn bezahlt werden und nur nebenher für den mit der Stimmabgabe notwendig verbundenen Zeitverlust; an dem Vertreten als solchem liegt in diesem Fall dem Auftraggeber nichts. Will aber jemand nach außen hin die Rechte als selbständig Anteilberechtigter in Anspruch nehmen (§ 252 Anm. IIa), so muß er sich auch die mit dieser Stellung verknüpften Pflichten gefallen lassen; er kann, wenn er auf letztere verwiesen wird, nicht den Einwand erheben, er sei ja in Wahrheit garnicht selbständig.

b. **Stimmen in einem gewissen Sinn.**

1. Stimmen. Nur wenn das Stimmen (oder Nichtstimmen) Zweck der Vorteileinräumung ist, greift § 317 ein; nicht wenn jemand nur dafür bezahlt wird, für einen Antrag in der Versammlung zu sprechen (Staub[8]-Pinner Anm. 4), oder nur, an der Versammlung überhaupt teilzunehmen (Pinner Anm. II 1b, Staub[8]-Pinner a. a. O.; vgl. oben Anm. IIa).

2. „In einem gewissen Sinne" bezeichnet nur die allgemeine Richtung, nach welcher vom Stimmrecht Gebrauch gemacht werden soll (vgl. RGSt. **11** 222); nicht braucht bereits ein bestimmter einzelner Antrag vorzuliegen. Unter § 317 fällt daher z. B. die Auferlegung der Verpflichtung, „gemäß künftiger Anweisung" oder „stets zu gunsten des Vorteilgebers" oder „stets gegen die Anträge des A" zu stimmen. Unerheblich ist, ob ein Stimmen zu gunsten des Vorteilgebers oder eines Dritten verlangt wird (Pinner Anm. II 1b).

c. **Nichtteilnehmen** an der Abstimmung. Unerheblich ist, ob der Vorteilempfänger an der Generalversammlung teilnehmen und sich dort der Abstimmung enthalten, oder ob er überhaupt nicht an der Generalversammlung teilnehmen (Pinner Anm. II 1c, Staub[8]-Pinner Anm. 5) oder durch absichtlichen Formverstoß seine Teilnahme an der Abstimmung unmöglich machen soll (Rudorff).

d. **Abstimmung in der Generalversammlung.**

1. Abstimmung. Unerheblich ist, in welcher Art (§ 251 Anm. II) die Abstimmung erfolgt, insbesondere ob durch Stimmenzählung oder durch Zuruf.

2. Generalversammlung. Der § 317 trifft nicht Abstimmungen in anderen Gesellschaftsbehörden. Für letztere greift insbesondere § 312 ein. Als Generalversammlungen gelten auch die vor Eintragung der AG. abgehaltenen Mitgliederversammlungen; der § 317 soll unzulässige Einwirkungen auf die Beschlußfassung (vgl. § 197) verhindern.

III. **Bestrafung.** Vgl. § 312 Anm. III.

§ 318.

Mißbräuchliche Benutzung fremden Anteilrechts.

Wer die Aktien eines Anderen, zu dessen Vertretung er nicht befugt ist, ohne dessen Einwilligung zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung oder zur Ausübung eines der in den §§ 254, 264, 266, 268, 271, 295, 309 bezeichneten Rechte benutzt, wird mit einer Geldstrafe von zehn bis dreißig Mark für jede der Aktien, jedoch nicht unter eintausend Mark, bestraft. Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher Aktien eines Anderen gegen Entgelt leiht und für diese eines der vorbezeichneten Rechte ausübt, sowie denjenigen, welcher hierzu durch Verleihung der Aktien wissentlich mitwirkt.

ADH. Art. 249f. **Entw. I** § 290. **Entw. II** § 309.

I. **„Aktien."** Zweifelhaft kann sein, ob dies Wort hier im Sinn von Urkunden (§ 179 Anm. IV) oder im Sinn von Anteilrechte (§ 179 Anm. II) gebraucht ist. Letzteres ist als gemeint anzusehen, da Fälle denkbar sind, in denen das Anteilrecht von einem Dritten unbefugt benutzt werden kann, ohne daß letzterer sich einer Aktienurkunde bedient; so z. B. wenn keine Mitgliedscheine oder wenn Namenmitgliedscheine ausgegeben sind, und eine Blankovollmacht des Anteilberechtigten unbefugt ausgefüllt und zur Stimmrechtsausübung benutzt wird. Nach derselben Richtung deutet auch, daß neben „Aktien" nicht ausdrücklich „Interimsscheine" genannt sind (vgl. § 179 Anm. I).

II. **Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung oder eines der in den §§ 254, 264, 266, 268, 271, 295, 309 bezeichneten Rechte.**

a. **Ausübung des Stimmrechts.** Vgl. § 316 Anm. IIIc 1.

b. **Generalversammlung.** Vgl. § 317 Anm. IId 2.

c. **Die in §§ 254, 264, 266, 268, 271, 295, 309 bezeichneten Rechte.** Es sind die Minderheitsrechte betreffs Berufung der Generalversammlung und Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung (§ 254 Abs. 1—3), Vertagung der Verhandlung über Bilanzgenehmigung (§ 264), Bestellung von Revisoren (§ 266 Abs. 1, 2), Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen aus Gründung oder Geschäftsführung (§ 268; wohl ausdehnend dahin auszulegen, daß auch § 269 Abs. 2, § 270 einbegriffen), gerichtliche Ernennung und Abberufung von Liquidatoren (§ 295 Abs. 2, 3); ferner das Sonderrecht auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (§ 271 Abs. 1—3) und das Recht, die Klage auf Nichtigkeit der Gesellschaft anzustellen (§ 309).

III. **Benutzung fremder Anteilrechte ohne Vertretungsbefugnis oder Einwilligung des Berechtigten (§ 318 Satz 1).** Vgl. auch die Strafbestimmung in AufbewahrungsG. 5 VII 96 §§ 9, 12 Abs. 1.

a. **„Wer."** Vgl. § 317 Anm. Ia. Unerheblich ist, ob der Benutzer nach außen als Eigenberechtigter oder als Vertreter auftritt.

b. **„Benutzt."** Vgl. § 316 Anm. IIIc 2.

c. **„Eines Anderen Aktien."** Nur das Verhältnis des Benutzers zu dem im inneren Verhältnis zu ihm Anteilberechtigten kommt in Betracht (Staub-Pinner Anm. 2, Ring Nr. 3); unerheblich ist daher, ob etwa im Verhältnis zur Gesellschaft der Benutzer anteilberechtigt ist, z. B. auf Grund der Innehabung der Inhaberaktie (§ 252 Anm. IIa) oder auf Grund seiner Eintragung in das Aktienbuch (§ 223 Anm. IVa).

d. **„Zu dessen Vertretung er nicht befugt ist."** Dies Merkmal und das Merkmal „ohne dessen Einwilligung" würden nur dann nicht teilweise sich decken, wenn man das erstere auf die „gesetzliche Vertretung" beschränken wollte. Das Gesetz macht indessen keine solche Einschränkung; man wird daher unter „Vertretung" auch die auf der Einwilligung des Berechtigten beruhende zu begreifen haben. Andererseits ist „Vertretung" nur von Auftreten in fremdem Namen zu verstehen; die Fälle des Auftretens in eigenem Namen

sind sämtlich durch das Merkmal „ohne dessen Einwilligung" gedeckt. Nicht zulässig erscheint daher eine durch den gesetzlichen Vertreter in eigenem Namen erfolgende Benutzung der Anteilrechte des Vertretenen ohne Einwilligung des letzteren (für manche Fälle abweichend Simon in Festgabe f. Wilke 275). „Befugt" verweist hier (im Gegensatz zu anderen Stellen; § 235 Anm. Ia) ausschließlich auf das innere Verhältnis des Vertretenden zum Vertretenen. Unerheblich ist mithin, ob der Benutzer Vertretungsmacht (im Verhältnis zur Gesellschaft) hat (oben Anm. IIIc). Strafbar ist daher z. B. auch, wer auf Grund früher erhaltener Vollmacht des Berechtigten mitstimmt, nachdem ihm gegenüber der Widerruf erklärt ist (vgl. Bolze 12 Nr. 511).

e. **Ohne Einwilligung des Anteilberechtigten.** Auch für die Frage der Anteilberechtigung ist lediglich das innere Rechtsverhältnis, nicht das Rechtsverhältnis des Rechte Ausübenden zur Gesellschaft maßgebend (oben Anm. IIIc). „Einwilligung" bedeutet vorherige Zustimmung (BGB. § 183); nachträgliche Genehmigung des Anteilberechtigten hebt daher die Strafbarkeit nicht auf (Pinner Anm. II 1b, Staub[8]-Pinner Anm. 4, Rudorff, Simon in Festgabe f. Wilke 294, Ring Nr. 4). Ob die Einwilligung ausdrücklich oder stillschweigend erklärt wird, ist an sich unerheblich. Eine abgegebene Erklärung wirkt jedoch nur, wenn sie gültig ist. Ungültig ist nach AufbewahrungsG. 5 VII 96 § 2 eine nicht für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich seitens eines nicht gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibenden Hinterlegers oder Verpfänders von Mitgliedscheinen abgegebene Erklärung, durch welche der Verwahrer oder Pfandgläubiger ermächtigt wird, über die Papiere „zu seinem Nutzen zu verfügen" (vgl. auch Strafbestimmung a. a. O. § 9). Auch das Ausüben des Stimmrechts in eigenem Namen des Verwahrers oder Pfandgläubigers ist aber zu den „Verfügungen zu dessen Nutzen" zu rechnen (dagegen Simon in Festgabe f. Wilke 282, dessen Unterscheiden zwischen Treuhand- und Legitimationsübertragung nicht zu billigen, § 252 Anm. IIa; wie Simon, auch Ring Nr. 4, Staub[8]-Pinner § 252 Anm. 8); auch äußerlich tritt dies eigene Interesse der Banken, mit möglichst vielen Aktien nach außen aufzutreten, dadurch hervor, daß sie durch die Fassung ihrer Geschäftsbedingungen das Recht hierzu sich möglichst zu sichern suchen. — Soweit hiernach das stillschweigende Erklären der Einwilligung genügt, muß doch immerhin ein Erklären erfolgt sein. Daher genügt nicht (was Staub[8]-Pinner Anm. 4 annimmt), daß ein Bankhaus, welches Aktienurkunden verwahrt, dem Berechtigten mitteilt, es werde die Aktien in der Generalversammlung benutzen, wenn keine Gegenanweisung eingehe. Antwortet der Kunde nicht, so hat er nichts erklärt; auch nicht stillschweigend, da er nicht verpflichtet ist, auf derartige Mitteilungen hin sich zu äußern. Ebensowenig liegt eine Einwilligung des neuen Erwerbers einer Namenaktie zur Benutzung des Anteilrechts durch seinen Rechtsvorgänger in der Tatsache allein, daß er eine Umschreibung im Aktienbuch noch nicht herbeigeführt hat (Esser Anm. 4). — Dagegen genügt z. B. die in einem Syndikatsvertrag dem Syndikatsleiter erteilte Ermächtigung, in eigenem Namen das Stimmrecht in Ansehung der Anteilrechte aller Syndikatsmitglieder auszuüben (Simon in Festgabe f. Wilke 295). Ferner kann eine Einwilligung erfolgen z. B. durch (unentgeltlichen BGB. § 662) Auftrag oder durch (unentgeltliche BGB. § 598) Leihe. Der Auftrag ist jederzeit widerrufbar (BGB. § 671 Abs. 1). Bei Leihe ist einseitiger Widerruf unwirksam, ändert mithin nichts an dem Vorhandensein der für die Leihezeit erteilten Einwilligung (Staub[7] Anm. 5). In einer Verpfändung oder Hingabe zur Verwahrung liegt im Zweifel nicht die Erteilung einer Einwilligung zur Benutzung des Anteilrechts gemäß § 318. So auch bei uneigentlicher Verpfändung oder Verwahrung, solange die Verpfändung oder Verwahrung noch besteht und nicht durch den hierzu berechtigten Pfandnehmer oder Verwahrer in ein Darlehn umgewandelt ist (ähnlich Staub[8]-Pinner Anm. 3; dagegen früher Pinner Anm. II 1b; abw. auch Ring Nr. 4); in der Benutzung kann allerdings unter Umständen die Erklärung des Umwandlungswillens liegen. Ist die Umwandlung erfolgt, so kann § 318 nicht in Frage kommen, da mit der Umwandlung der bisherige Pfandnehmer oder Verwahrer selbst Anteilberechtigter geworden ist. Eine Einwilligung liegt im Zweifel in der Bestellung eines Nutzungspfands (BGB. §§ 1213ff., 1273). Wohl auch in einer nur sicherungshalber erfolgten Übertragung des Anteilrechts (ebenso Staub[7] § 368 Anm. 80). —

Über die Fälle, in denen trotz Einwilligung des Anteilberechtigten die Benutzung unzulässig ist, vgl. unten Anm. IV, § 317 Anm. II a.

IV. **Benutzung fremder Anteilrechte auf Grund „entgeltlicher Leihe“ (§ 318 Satz 2).**

a. **„Entgeltliche Leihe“.** Die Beibehaltung dieses Ausdrucks widerspricht dem Sprachgebrauch des BGB., welches als Begriffsmerkmal der Leihe die Unentgeltlichkeit hervorhebt (BGB. § 598). Entgeltliche Leihe eines Rechts (des Anteilrechts; oben Anm. I) ist daher, wenn man den Sprachgebrauch des BGB. zu grund legt, nicht Leihe, sondern Pacht. — Entgeltlichkeit liegt auch vor, wenn eine andere als bare Gegenleistung gewährt wird (RG. 38 259).

b. **Ähnliche Geschäfte.** Zweifelhaft ist, in welchem Umfang auch andere, einer Pacht ähnliche Geschäfte als unter die Strafvorschrift des § 318 Satz 2 fallend zu erachten sind. Die Begrenzung ist abzuleiten erstens aus dem Gegensatz des Satz 2 zu Satz 1, wonach Satz 2 sich nur auf eine Benutzung mit Einwilligung des Anteilberechtigten bezieht, zweitens aus dem Merkmal der Entgeltlichkeit, und drittens aus den auch im Satz 2 hinzugefügten Worten „eines Anderen“, aus denen zu entnehmen ist (oben Anm. III c), daß der Fall des Satz 2 nicht vorliegt, wenn zur Zeit der Benutzung der Benutzer im inneren Verhältnis zu seinem Rechtsvorgänger Eigenberechtigter am Anteilrecht ist. Umgekehrt aber wird man die Strafbestimmung des § 318 Satz 2 ausdehnend dahin auszulegen haben, daß sie alle Fälle einer entgeltlichen Übertragung des Nutzungsrechts (oder eines einzelnen der in § 318 aufgezählten Rechte) ohne gleichzeitige Übertragung des Anteilrechts mit folgender Ausübung eines der in § 318 aufgezählten Rechte einschließt. Hieraus ergeben sich nachstehende Folgerungen. Erlaubt bleibt die Benutzung von mittels Reportgeschäfts (Kauf unter gleichzeitigem betagten Gattungs-Verkauf) erworbenen Anteilrechten, selbst wenn Zweck des Reportgeschäfts die Ermöglichung jener Benutzung war (KB. 39; vgl. auch KB. 83, 84). Anders jedoch, wenn das Reportgeschäft oder ein ähnliches Geschäft nur zum Schein abgeschlossen, und ein wirklicher Übergang einer (wenngleich vorübergehenden) Eigenberechtigung am Anteilrecht auf den Käufer nicht gewollt ist. So z. B. wenn Anteilrechte gegen anderweite Leistung „verkauft“ sind unter Stundung des Kaufpreises, Belassung der Gewinnanteilscheine in Händen des Verkäufers zur Abgeltung der Kaufpreiszinsen und Vorbehalt des Rechts für jede Partei, zu bestimmter späterer Zeit die Auflösung des Kaufs zu fordern (RG. 38 259). Unter § 318 fällt auch eine entgeltliche Übertragung des Nutzungsrechts, auf Grund deren für das Verhältnis nach außen (zur Gesellschaft) nur Vollmacht erteilt wird (Staub[8]-Pinner Anm. 8, Simon in Festgabe f. Wilke 296). — Nach der Fassung des § 318 Satz 2 würde unerheblich sein, ob der Erwerb aller oder einzelner Nutzungsrechte Zweck oder nur Folge des Vertrags ist. Indessen ist wohl nur beabsichtigt, demjenigen Strafe anzudrohen, der „für die Aktien eines Anderen, die er zu diesem Zweck gegen Entgelt geliehen hat, eines der vorbezeichneten Rechte ausübt.“ So einschränkend wird daher die Bestimmung auszulegen sein. Wird daher eine entgeltliche Leihe nur als Nebenabrede zu einem anderweiten Hauptvertrag vereinbart, und kommt die Ausübung des Nutzungsrechts hinzu, so tritt dennoch nicht Strafbarkeit ein, wenn wirtschaftlicher Hauptzweck der Vertragschließenden jener anderweite Hauptvertrag und nicht die entgeltliche Verschaffung des Stimmrechts für fremde Anteilrechte war (Staub[8]-Pinner Anm. 6, Simon in Festgabe f. Wilke 297).

c. **Wissentliches Mitwirken.** Vgl. § 313 Anm. I b. Zur Strafbarkeit genügt das Bewußtsein des Verpächters, daß durch das Verpachten dem Pächter die Benutzung des verpachteten Anteilrechts zur Ausübung eines der in § 318 aufgezählten Rechte möglich wird, mit hinzukommender Ausübung eines jener Rechte durch den Pächter.

V. **Bestrafung.** Vgl. § 312 Anm. III.

§ 319.

Ordnungsstrafen.

Die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren sind zur Befolgung der im § 240 Abs. 1, im § 246 Abs. 1, im § 260 Abs. 2, im § 263 Abs. 1, im

§ 267 Abs. 1, 2, im § 272 Abs. 4, im § 299 und im § 302 Abs. 2 enthaltenen Vorschriften von dem im § 195 bezeichneten Gerichte durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die Höhe der Strafen bestimmt sich nach § 14 Satz 2.

In Betreff der im § 195 Abs. 1, im § 277 Abs. 1, im § 280 Abs. 1, im § 284 Abs. 1, im § 304 Abs. 3 sowie im § 305 Abs. 2 vorgesehenen Anmeldungen zum Handelsregister findet, soweit es sich um die Anmeldungen zum Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft handelt, eine Verhängung von Ordnungsstrafen nach § 14 nicht statt.

ADH. Art. 249g Abs. 2. **Entw. I** § 291. **Entw. II** § 310.

I. **Verhältnis des § 319 zu § 14.** Der § 14 bestimmt darüber, daß die Pflicht, „eine Anmeldung, eine Zeichnung der Unterschrift oder eine Einreichung von Schriftstücken zum Handelsregister vorzunehmen" durch Ordnungsstrafen zu erzwingen sei. Der § 14 gilt auch für die Aktiengesellschaft (D. 173). Der § 319 Abs. 1 enthält die zusätzliche Vorschrift, daß die Befolgung auch bestimmter andersartiger Verpflichtungen durch Ordnungsstrafen erzwungen werden soll. Der § 319 Abs. 2 dagegen enthält Ausnahmen von der Vorschrift des § 14. — Für die KAG. vgl. § 325 Nr. 9.

II. **Ordnungsstrafen in den Fällen des § 319 Abs. 1.**

a. **Zuständiges Gericht** ist (§ 319 Abs. 1) das Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 195 Anm. I a). In den Fällen des § 319 Abs. 1 sind daher nicht berechtigt zur Festsetzung von Ordnungsstrafen diejenigen Registergerichte, welche für die nicht im Bezirk des Sitzes befindlichen Niederlassungen zuständig sind, selbst wenn der betreffende Verstoß im Bezirk einer dieser Niederlassungen erfolgt ist.

b. **Verfahren.** Das Verfahren ist geordnet in FGG. §§ 132—139, 33 (abgedruckt hinter HGB. § 16). Die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen sind durch das Gericht von Amts wegen vorzunehmen (FGG. § 12). Das Gericht kann hierbei auch die Vorlegung der Handelsbücher fordern (LG. Weimar in ZHR. **43** 332; vgl. auch HGB. § 45); kommt die Gesellschaft der Anordnung nicht nach, so ist die Vorlegung nicht unmittelbar erzwingbar (auch nicht in Preußen; unten Anm. IV), vielmehr wird CPO. § 427 entsprechend anzuwenden sein.

c. **Gegen wen richtet sich das Verfahren?** Nach § 319 Abs. 1 gegen „die Mitglieder des Vorstands oder die Liquidatoren" (vgl. § 312 Anm. I), im Einzelfall also (§ 315 Anm. I a) entweder nur gegen Vorstandsmitglieder oder nur gegen Liquidatoren. In anderen Fällen als denen des § 319 Abs. 1 richtet sich das gemäß § 14 einzuleitende Verfahren gegen diejenigen Personen, welche bei der betreffenden Anmeldungs-, Zeichnungs- oder Einreichungsvorschrift als die Verpflichteten bezeichnet sind. Ist der Geschäftsherr als anmeldungspflichtig bezeichnet, und fehlt eine Sondervorschrift für die AG. (z. B. Anmeldung der Prokura, § 53), so sind dennoch in entsprechender Anwendung der sonstigen für die AG. gegebenen Anmeldungsvorschriften nicht die Gesellschaft, sondern die Vorstandsmitglieder bzw. Liquidatoren für anmeldungspflichtig zu erachten, das Ordnungsstrafverfahren daher auch in diesen Fällen unmittelbar gegen die Vorstandsmitglieder bzw. die Liquidatoren, nicht gegen die Gesellschaft zu richten. Die Festsetzung von Ordnungsstrafen gegen Mitglieder des Aufsichtsrats ist unzulässig (OLG. Dresden 6 VIII 86 ZHR. **35** 249). — Der § 319 bezeichnet als durch Ordnungsstrafen anzuhalten die einzelnen Mitglieder der Behörde, trotzdem in den einzelnen daselbst aufgeführten Bestimmungen nicht den Mitgliedern, sondern der Behörde teils ausdrücklich (§§ 240 Abs. 1, 246 Abs. 1, 260 Abs. 2, 267 Abs. 1, 2, 272 Abs. 4; vgl. auch § 299), teils stillschweigend (§§ 263 Abs. 1, 302 Abs. 2) die betreffende Verpflichtung auferlegt ist. Der Zwang ist mithin in den Fällen des § 319 — wie ebenso auch in den Fällen des § 14 — gegen die einzelnen Mitglieder der Gesellschaftsbehörde zu richten (KG. 5 III 00 JMBl. **00** 631, 6 I 02 OLGRspr. **4** 463, vgl. KG. 5 X 03 EntschFG. **4** 32 KGJ. **26** A 233, 29 VI 05 EntschFG. **6** 130 KGJ. **30** A 127). Nicht gegen den

Vorstand oder gegen alle Mitglieder desselben als Gesamtschuldner ist eine Ordnungsstra- festzusetzen, vielmehr je eine gesonderte Ordnungsstrafe gegen jedes einzelne Mitglied. D- mehreren Mitglieder sind nicht notwendige Streitgenossen (ObLG. München 7 XII 00 OLG Nr. 4 101). Insoweit die betreffende Verpflichtung nicht dem einzelnen Mitglied, sondern de- Behörde obliegt, kann auf diesem Weg nur ein mittelbarer Zwang geübt werden; auch können im Einzelfall einzelne Mitglieder unschuldig sein an der Nichterfüllung der Ve- pflichtung durch die Behörde. Man wird in solchen Fällen den § 315 Abs. 3 entsprechen- dahin anwenden können, daß diejenigen Mitglieder der Behörde straflos bleiben, bezü- deren festgestellt wird, daß die Nichtbefolgung der betreffenden Vorschrift ohne ihr Verschu- unterblieben ist.

d. **Die einzelnen Vorschriften:**

1. § 240 Abs. 1 (Verlust in Höhe des halben Grundkapitals). Zu erzwingen i- die Berufung der Generalversammlung und die der letzteren zu erstattende Anzeige.
2. § 246 Abs. 1 (Überwachungsrechte des Aufsichtsrats). Zu erzwingen ist - Berichterstattung auf Verlangen des Aufsichtsrats — und wohl auch die Duldung de- in § 246 Abs. 1 bezeichneten Überwachungstätigkeit.
3. § 260 Abs. 2 (Vorlegung des Bilanzentwurfs, der Gewinn- und Verlu- rechnung und des Geschäftsberichts an den Aufsichtsrat und mit dess- Bemerkungen an die Generalversammlung). Zu erzwingen ist auch die Re- zeitigkeit der Vorlegung.
4. § 263 Abs. 1 (Auslegung der vorgenannten Vorlagen im Geschäftsrau- der Gesellschaft). Zu erzwingen ist die vorgeschriebene Dauer der Auslegung und - Gewährung der Einsichtnahme durch Aktionäre.
5. § 267 Abs. 1, 2 (Prüfung durch Revisoren). Zu erzwingen ist die Pflicht des Vo- stands, den Revisoren die Einsicht der Bücher und Schriften der Gesellschaft und die Unte- suchung des Bestands der Gesellschaftskasse sowie der Bestände an Wertpapieren und Wa- zu gestatten und den Bericht der Revisoren bei Berufung der nächsten Generalversamml- als Gegenstand der Beschlußfassung anzukündigen.
6. § 272 Abs. 4 (Bekanntmachung der Erhebung einer Anfechtungsklage u- des Verhandlungstermins).
7. § 299 (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht, Ent- lastung, Revisoren während Liquidation). Daß § 319 unterschiedslos a- die „im § 299 enthaltenen Vorschriften" verweist, beruht vermutlich auf einem bei de- Fassung untergelaufenen Versehen, denn wenn man dies wörtlich nehmen wollte, so würde- — ohne daß ein sachlicher Grund der Unterscheidung erkennbar — die Liquidatoren m- Ordnungsstrafen auch in einem Fall belegt werden können, in dem dies bei den Vorstand- mitgliedern nicht zulässig wäre. Dies ist der Fall des § 263 Abs. 2. In Betrac- kommen könnten noch die in § 299 Abs. 1 vorgesehene Pflicht, eine Liquidationseröffnungs- bilanz aufzustellen und die in § 265 Abs. 1 (§ 299 Abs. 2) vorgesehene Pflicht, nach Ge- nehmigung die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung in den Gesellschaftsblätte- bekannt zu machen; indessen ist § 260 Abs. 2 auch auf die Liquidationseröffnungsbil- anzuwenden (§ 299 Anm. IVa), und die Erzwingung einer Bekanntmachung der Bil- und Gewinn- und Verlustrechnung auch gegenüber dem Vorstand als zulässig zu e- achten (§ 265 Anm. III), mithin in letzteren beiden Beziehungen keine Abweichung de- wörtlich ausgelegten § 319 von den für den Vorstand geltenden entsprechenden Bestimmunge- anzuerkennen. Immerhin wird die Anführung des § 299 in § 319 einschränkend da- auszulegen sein, daß gegenüber den Liquidatoren diejenigen Vorschriften, auf welche § 2- Abs. 2 verweist, nicht in weiterem Umfang durch Ordnungsstrafe erzwingbar sind al- gegenüber den Vorstandsmitgliedern, nicht daher insbesondere der § 263 Abs. 2 (eben- Staub[8]-Pinner § 299 Anm. 14, Ring Nr. 2). — Nicht erzwingbar durch Ordnungsstr- ist die in § 297 vorgeschriebene Aufforderung an die Gesellschaftsgläubiger (KG. 16 V - EntschFG. 4 213).
8. § 302 Abs. 2 (Hinterlegung der Bücher und Papiere nach beendeter Li-

bation). Auch die Belassung am Hinterlegungsort während der vorgeschriebenen zehn Jahre oder die Neuhinterlegung nach etwa erfolgter Rücknahme sind für erzwingbar zu erachten. Die in § 302 Abs. 1 vorgeschriebene Anmeldung ist erzwingbar nach § 14 (oben Anm. I).

e. **Kann eingewendet werden, daß Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung des Verlangten nicht vorhanden?** Dies ist zu verneinen; die Vorstandsmitglieder und Liquidatoren, wenn sie das Amt als solche annehmen, übernehmen hierdurch die öffentlichrechtliche Pflicht zur Erfüllung des nach §§ 14, 319 ihnen (oben Anm. II c) gegenüber Erzwingbaren und müssen hierzu nötigenfalls eigene Mittel vorschießen (KG. 29 VI 05 EntschFG. **6** 130 KGJ. **30** A 127). Das Gleiche wird bezüglich derjenigen Pflichten gelten müssen, deren Vernachlässigung nicht durch Ordnungsstrafe, sondern durch öffentliche Strafe bedroht ist. So z. B. bezüglich der Sorge für das Vorhandensein eines handlungsfähigen Aufsichtsrats (dagegen Staub[8]-Pinner § 315 Anm. 4) oder für ordnungsmäßige Buchführung.

III. **Die Fälle nicht erzwingbarer Anmeldungen (§ 319 Abs. 2).**

a. **Gemeinsames.** Der § 319 Abs. 2 enthält Ausnahmen von der allgemeinen Vorschrift des § 14, daß jede vorgeschriebene Anmeldung erzwingbar sei. Es sind dies Fälle, in denen „der Rechtserfolg unbedingt von der Eintragung abhängig ist" (D. 174, vgl. § 15 Anm. II b). — Der Inhalt der Vorschrift des § 319 Abs. 2 geht dahin, daß in den dort angegebenen Fällen die Anmeldung zum Register des Sitzes nicht erzwungen werden kann; stillschweigend vorausgesetzt ist ferner, daß in jenen Fällen die Anmeldung zum Register der nicht im Bezirk des Registergerichts befindlichen Niederlassungen erst nach erfolgter Eintragung in das Register des Sitzes erzwungen werden könne (§ 175 Anm. III).

b. **Die einzelnen Fälle** sind

1. Anmeldung der Gesellschaft (§ 195 Abs. 1). Vgl. § 195 Anm. I c.
2. Anmeldung einer Satzungsänderung (§ 277 Abs. 1). Vgl. § 277 Anm. I c. Hierunter fällt auch die Anmeldung eines Herabsetzungsbeschlusses (§ 289 Anm. I b). Das Gleiche gilt für die Anmeldung eines Beschlusses, durch welchen eine auf Satzungsmängeln beruhende Nichtigkeit der Gesellschaft geheilt werden soll (§ 310 Anm. II).
3. Anmeldung eines Erhöhungsbeschlusses (§ 280 Abs. 1). Vgl. § 280 Anm. II.
4. Anmeldung des Erfolgtseins der Erhöhung (§ 284 Abs. 1); insbesondere auch bei Erhöhung in Zusammenhang mit Übernahme des Gesellschaftsvermögens einer anderen AG. (oder KAG.) als Ganzes (§ 305 Abs. 2). Vgl. § 284 Anm. II c, § 305 Anm. III e 4. Erzwingbar dagegen ist die Anmeldung des Erfolgtseins der Herabsetzung (§ 291 Anm. II c).
5. Anmeldung des Liquidationsausschließungsbeschlusses (§ 304 Abs. 3). Vgl. § 304 Anm. V c. Ebenso auch im Fall des § 306 (vgl. § 306 Anm. III a 3). Im Fall der §§ 80, 81 GmbHG. entsprechend bezüglich Anmeldung der neuen GmbH. (GmbHG. § 81 Abs. 1, § 7 Abs. 1, § 79).
6. Bei der KAG. außerdem: Anmeldung des Beschlusses betr. Umwandlung in eine AG. (§ 333 Abs. 1 Satz 3).

IV. **In anderen als den durch §§ 14, 319 zugelassenen Fällen ist die Verhängung von Ordnungsstrafen unzulässig** (LG. Altenburg 13 IV 89 ZHR. 40 475). So darf auf diesem Weg nicht eine nur durch Satzung auferlegte Verpflichtung erzwungen werden (OLG. Dresden 6 VIII 86 ZHR. 35 250). Auch ist es nicht Aufgabe des Registergerichts, die Tätigkeit des Vorstands oder der Liquidatoren außerhalb der in §§ 14, 319 geordneten Fälle im ganzen oder im einzelnen zu überwachen (KG. 29 VI 05 EntschFG. **6** 131). Das Registergericht ist dagegen nicht gehindert, ohne Androhung von Ordnungsstrafen auch in anderen Fällen auf vorgekommene Verstöße aufmerksam zu machen und zur Verhütung späterer Verwicklungen deren alsbaldige Ausgleichung anheimzustellen. Eine derartige Tätigkeit ist zweckmäßig und wird vom Berliner Registerrichter geübt. Die Fälle, in denen durch das Registergericht Ordnungsstrafen verhängt werden dürfen, sind im HGB. erschöpfend geregelt; daher ist

werden (zust. Ring Nr. 4); der in FGG. § 200 enthaltene Vorbehalt für die Landesgesetzgebung kommt nicht in Betracht, weil es sich hier nicht um Ergänzung des FGG., sondern um Ergänzung des HGB. handeln und in dieser Beziehung die bereits vorhanden gewesene Rechtseinheit wieder durchbrochen werden würde, was nicht beabsichtigt war.

V. **Umfang der Prüfungsbefugnis und -pflicht des Registergerichts bei Anmeldungen und Einreichungen.** Vgl. § 12 Anm. VI, § 195 Anm. I g, § 273 Anm. V, § 280 Anm. III, § 289 Anm. I c.

Anhang zum dritten Abschnitt.

Über die Anwendbarkeit der nachstehenden Vorschriften auf die AG. vgl. Vorbem. II vor § 178.

I. Allgemeine Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Vereine.

I. Voraussetzungen der Rechtsfähigkeit (§§ 21—23).

Nicht-wirtschaftlicher Verein.

§ 21. Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts.

Simon ZHR. 49 8 legt den § 21 dahin aus, daß ein nichtwirtschaftlicher Verein nur durch Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit erlangen könne; daraus, daß in § 21 nicht wie in § 22 der Vorbehalt „in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften“ hinzugefügt ist, schließt er, daß der § 21 solche Ausnahmen nicht zulassen wollte, daß mithin künftig ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, nicht in Form einer Aktiengesellschaft errichtet werden könne (ebenso Ring vor § 178 Nr. 3). Dieser Schlußfolgerung ist nicht beizutreten (ebenso Pinner ZHR. 50 107, Goldmann § 178 Nr. 17, Staub-Pinner § 178 Anm. 7, § 182 Anm. 19); der § 21, für sich betrachtet, zwingt nicht zu dem Schluß, daß nichtwirtschaftliche Vereine nur durch Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit sollten erlangen können; der Unterschied der Fassung verglichen mit derjenigen der §§ 22 und 23 ist zwar auffällig, doch ist nicht ersichtlich, daß damit eine Aufhebung entgegenstehender Sondergesetze beabsichtigt war; mithin bleiben diese gemäß EGBGB. Art. 32 in Kraft. Als solche Sondergesetze würden nicht nur die Bestimmungen über die AG., sondern insbesondere auch die ausdrückliche gegenteilige Bestimmung im GmbHG. § 1 in Betracht kommen. Der § 1 Abs. 2 HGB. ist ebensowenig wie GenG. § 1 oder SchutzgebG. § 8 entscheidend für die Beantwortung der Frage in einem oder dem anderen Sinn, denn die Zwecke der Gemeinnützigkeit und des wirthschaftlichen Geschäftsbetriebs schließen einander nicht aus (vgl. HGB. § 1 Anm. II a 1). — Hiernach ist BGB. § 21 für nicht anwendbar auf die AG. zu erachten. — Ob der Zweck einer AG. ein durch vermögensrechtliche Leistungen erreichbarer sein muß, vgl. § 210 Anm. III.

Wirtschaftlicher Verein.

§ 22. Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. Die Verleihung steht dem Bundesstaate zu, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hat.

Nicht anwendbar auf die AG., da „besondere reichsgesetzliche Vorschriften“ vorhanden sind (HGB. § 6 Anm. I b 1).

Verein ohne deutschen Sitz.

§ 23. Einem Vereine, der seinen Sitz nicht in einem Bundesstaate hat, kann in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch Beschluss des Bundesraths verliehen werden.

Wie sich aus Vergleichung mit EGBGB. Art. 10 ergibt, betrifft BGB. § 23 nur Vereine, die auch im Ausland nach dortigem Recht nicht rechtsfähig sind. Daher ist BGB. § 23 nicht anwendbar auf ausländische Aktiengesellschaften (HGB. § 6 Anm. Ib 1; vgl. § 201 Anm. VIc 2, Mugdan Materialien 1 267).

II. Sitz (§ 24).

§ 24. Als Sitz eines Vereins gilt, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird.

Vgl. HGB. § 182 Anm. IIIb.

III. Rechtsfähiger Verein (§§ 25—53).

a. Verfassungsvorschriften (§ 25).

§ 25. Die Verfassung eines rechtsfähigen Vereins wird, soweit sie nicht auf den nachfolgenden Vorschriften beruht, durch die Vereinssatzung bestimmt.

Anwendbar auf die AG. mit der Maßgabe, daß auch die Bestimmungen des HGB. und des EGHGB. den Vorschriften des BGB. vorgehen (EGHGB. Art. 2 Abs. 1; vgl. Simon ZHR. 49 10).

b. Vorstand und sonstige Vertreter (§§ 26—31).

Vorstand; Vertretungsmacht.

§ 26. Der Verein muss einen Vorstand haben. Der Vorstand kann aus mehreren Personen bestehen.

Der Vorstand vertritt den Verein gerichtlich und aussergerichtlich; er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Der Umfang seiner Vertretungsmacht kann durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden.

Mit § 26 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 übereinstimmend HGB. § 231 Abs. 2 und Abs. 1. Der § 26 Abs. 1 Satz 1 anwendbar auf die AG. (HGB. § 231 Anm. I); ebenso der § 26 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 (HGB. § 231 Anm. IV). Von § 26 Abs. 2 Satz 2 abweichend HGB. § 235.

Bestellung, Widerruf, Geschäftsführung.

§ 27. Die Bestellung des Vorstandes erfolgt durch Beschluss der Mitgliederversammlung.

Die Bestellung ist jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmässige Vergütung. Die Widerruflichkeit kann durch die Satzung auf den Fall beschränkt werden, dass ein wichtiger Grund für den Widerruf vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmässigen Geschäftsführung.

Auf die Geschäftsführung des Vorstandes finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670 entsprechende Anwendung.

Von § 27 Abs. 1 abweichend HGB. § 182 Abs. 2 Nr. 4. Mit § 27 Abs. 2 Satz 1 übereinstimmend HGB. § 231 Abs. 3. Der § 27 Abs. 2 Satz 2 (hierzu RG. 44 98) ist wohl nicht anwendbar auf die AG. (HGB. § 231 Anm. V).

Der § 27 Abs. 3 ist für anwendbar auf die AG. zu erachten (dagegen Simon ZHR. 49 11); er bestimmt nicht, daß das Vertragsverhältnis ein Auftrag sei, erklärt vielmehr nur gewisse Bestimmungen aus dem Titel „Auftrag“ für anwendbar, gleichviel welches Vertragsverhältnis zu grund liegt. Liegt ein Dienstvertrag vor, so sind ohnehin nach BGB. § 675 die §§ 663 und 665 bis 670 anwendbar; dem § 664 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 entspricht beim Dienstvertrag der § 613, und die Bestimmung des § 664 Abs. 1 Satz 2 ist auch für den Dienstvertrag selbstverständlich. Für die regelmäßigen Fälle hängt mithin von der Frage nach der Anwendbarkeit

des § 27 Abs. 3 nur diejenige nach der Anwendbarkeit des § 664 Abs. 1 Satz 3 ab: „Für das Verschulden eines Gehilfen ist er nach § 278 verantwortlich." Es liegt aber kein sachlicher Grund vor, anzunehmen, daß dies bei der AG. ausnahmsweise nicht Platz greifen solle: der § 664 Abs. 1 Satz 3 bezieht sich nicht etwa (was Simon a. a. O. irrig voraussetzt) auf die vom dem Vorstand namens der Gesellschaft angestellten Beamten der letzteren, vielmehr nur auf etwaige Gehilfen, die seitens der Vorstandsmitglieder in deren eigenem Namen zum Helfen bei den dem Vorstandsmitglied persönlich obliegenden Geschäften, und ohne daß sie in ein Vertragsverhältnis zur Gesellschaft treten, angenommen werden, z. B. auf den Privatschreiber eines Vorstandsmitglieds. Überdies bestimmt § 664 Abs. 1 Satz 3 nichts, was nicht ohnehin unmittelbar aus § 278 folgen würde (Planck² § 664 Anm. 3); der § 278 ist aber auch auf den Fall des Dienstvertrags anwendbar.

Mehrgliedriger Vorstand.

§ 28. Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so erfolgt die Beschlussfassung nach den für die Beschlüsse der Mitglieder des Vereins geltenden Vorschriften der §§ 32, 34.

Ist eine Willenserklärung dem Vereine gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes.

Der § 28 Abs. 1 anwendbar auf die AG. (HGB. § 231 Anm. IIIa). Mit § 28 Abs. 2 übereinstimmend HGB. § 232 Abs. 1 Satz 3.

Einstweilige Bestellung durch Gericht.

§ 29. Soweit die erforderlichen Mitglieder des Vorstandes fehlen, sind sie in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung des Mangels auf Antrag eines Betheiligten von dem Amtsgerichte zu bestellen, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat.

Der § 29 ist für anwendbar auf die AG. zu erachten (HGB. § 231 Anm. II).

Besondere Vertreter.

§ 30. Durch die Satzung kann bestimmt werden, dass neben dem Vorstande für gewisse Geschäfte besondere Vertreter zu bestellen sind. Die Vertretungsmacht eines solchen Vertreters erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte, die der ihm zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt.

Entspricht dem bisherigen Art. 235 ADH., welcher jedoch keine Satzungsbestimmung verlangte. Der Art. 235 ADH. ist als überflüssig im HGB. fortgelassen (D. 139). Der § 30 BGB. ist nunmehr für anwendbar auf die AG. zu erachten (dagegen Simon ZHR. 49 13). Vgl. HGB. § 247 Anm. II, § 268 Anm. IVb 6.

Schadenszufügung durch Vertreter.

§ 31. Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmässig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

Anwendbar auf die AG. (HGB. § 231 Anm. IV). Unter „Handlung" ist auch eine Unterlassung mitbegriffen (RG. 23 I 03 JW. Beil. 39 [81]).

c. Mitgliederversammlung (§§ 32—37).

Beschlufsfassung.

§ 32. Die Angelegenheiten des Vereins werden, soweit sie nicht von dem Vorstande oder einem anderen Vereinsorgane zu besorgen sind, durch Beschlussfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet. Zur Gültigkeit des Beschlusses ist erforderlich, dass der Gegenstand bei der Berufung bezeichnet wird. Bei der Beschlussfassung entscheidet die Mehrheit der erschienenen Mitglieder.

Auch ohne Versammlung der Mitglieder ist ein Beschluss gültig, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschlusse schriftlich erklären.

B. anwendbar auf die AG. (HGB. § 250 Anm. IV b 1; da-
: 32 Abs. 1 Satz 2 BGB. abweichend HGB. § 256, § 271
GB. abweichend HGB. § 251. Der § 32 Abs. 2 BGB.
. III, IV; dagegen Simon aaO.).

Satzungsänderung.

r eine Aenderung der Satzung enthält, ist eine Mehr-
ienenen Mitglieder erforderlich. Zur Aenderung des
ung aller Mitglieder erforderlich; die Zustimmung der
hriftlich erfolgen.

Vereins auf Verleihung, so ist zu jeder Aenderung
ler, falls die Verleihung durch den Bundesrath er-
raths erforderlich.

ie ausländische AG. auch ohne besonderen Bundes-
ngt (HGB. § 6 Anm. I b 1), so ist BGB. § 33 Abs. 2
ändischen AG. entsprechend anwendbar.

Ausschlufs vom Stimmrecht.

berechtigt, wenn die Beschlussfassung die Vor-
r die Einleitung oder Erledigung eines Rechts-
ifft.

Sonderrechte.

önnen nicht ohne dessen Zustimmung durch
ächtigt werden.

m. II b, S. 143).

Berufung.

den durch die Satzung bestimmten Fällen
Vereins es erfordert.

Minderheitsrecht auf Berufung.

berufen, wenn der durch die Satzung be-
mmung der zehnte Theil der Mitglieder
es und der Gründe verlangt.

kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke
das Verlangen gestellt haben, zur Be-
lie Führung des Vorsitzes in der Ver-
gung muss bei der Berufung der Ver-

254 Abs. 1, 2; der § 37 Abs. 2 BGB.

d. Mitgliedschaft (§§ 38, 39).

Übertragbarkeit.

nd nicht vererblich. Die Ausübung
erlassen werden.

B. § 179 Anm. II c, § 252 Anm. II a,

Austritt.

ereine berechtigt.

r Austritt nur am Schlusse eines

Geschäftsjahrs oder erst nach dem Ablauf einer Kündigungsfrist zulässig ist; die Kündigungsfrist kann höchstens zwei Jahre betragen.

Anwendbar auf die AG. (HGB. § 250 Anm. II c 1).

e. Abweichende Satzungsbestimmungen (§ 40).

§ 40. Die Vorschriften des § 27 Abs. 1, 3, des § 28 Abs. 1 und der §§ 32, 33 ... finden insoweit keine Anwendung, als die Satzung ein Anderes bestimmt.

Anwendbar auf die AG. insoweit die in BGB. § 40 angeführten Vorschriften anwendbar auf die AG. sind.

f. Auflösung; Verlust der Rechtsfähigkeit (§§ 41—47).

Auflösungsbeschlufs.

§ 41. Der Verein kann durch Beschluss der Mitgliederversammlung aufgelöst werden. Zu dem Beschluss ist eine Mehrheit von drei Viertheilen der erschienenen Mitglieder erforderlich, wenn nicht die Satzung ein Anderes bestimmt.

Abweichend HGB. § 292 Nr. 2.

Konkurs.

§ 42. Der Verein verliert die Rechtsfähigkeit durch die Eröffnung des Konkurses.

Der Vorstand hat im Falle der Ueberschuldung die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. Wird die Stellung des Antrags verzögert, so sind die Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich; sie haften als Gesammtschuldner.

Der § 42 Abs. 1 BGB. ist ersetzt durch HGB. § 292 Nr. 3. Von § 42 Abs. 2 BGB. abweichend HGB. § 240 Abs. 2, § 241.

Entziehung der Rechtsfähigkeit.

§ 43. Dem Vereine kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er durch einen gesetzwidrigen Beschluss der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet.

Einem Vereine, dessen Zweck nach der Satzung nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen solchen Zweck verfolgt.

Einem Vereine, der nach der Satzung einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck nicht hat, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen solchen Zweck verfolgt.

Einem Vereine, dessen Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen anderen als den in der Satzung bestimmten Zweck verfolgt.

Der Abs. 1 ist anwendbar auf die AG. (ebenso Simon ZHR. **49** 16, Staub[7] § 292 Anm. 1 und in DJZ. **99** 171, Ring § 292 Nr. 7; dagegen Pinner § 292 Anm. III 4 c und in ZHR. **50** 109, Staub[8]-Pinner § 178 Anm. 10; das Gegenteil auch vorausgesetzt in Begr. zu Pr. AGHGB. Art. 4). Die im Entw. I § 250 z. HGB. enthaltene Bestimmung über Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses durch die Staatsbehörde ging nicht in das HGB. über (vgl. StenB. 1...) wurde vielmehr ersetzt durch FGG. § 144 Abs. 2. Über die Frage, ob neben BGB. §§ 43, 44 auch die Vorschriften der Landesgesetze über „Auflösung“ wegen Gefährdung des Gemeinwohls als gültig zu erachten sind, vgl. Makower[12] **3** 439 zu Pr. AGHGB. Art. 4. Landesgesetze dieses Inhalts sind ergangen in Anhalt (Makower[12] **3** 449), Hessen (**3** 467), Preußen (**3** 438), Reuß jüngerer Linie (**3** 483), Sachsen (**3** 484), Sachsen-Meiningen (**3** 493), Sachsen-Weimar-Eisenach (**3** 493), Waldeck (**3** 499). — Über die von „Entziehung der Rechtsfähigkeit“ und von „Auflösung“ zu unterscheidende Untersagung des Geschäftsbetriebs vgl. HGB. § 292 Anm. I f.

Der Abs. 2 ist nicht anwendbar auf die AG. (ebenso Simon ZHR. **49** 16, Ring § 2...

Nr. 7), da der gesetzgeberische Grund dieser Vorschrift nur die Verhinderung der Umgehung des § 22 BGB. ist, dieser Grund aber im Fall der AG. nicht zutrifft.

Der Abs. 3 ist nicht anwendbar auf die AG. (ebenso Simon ZHR. 49 16, Ring § 292 Nr. 7), da durch diese Bestimmung nur eine Umgehung des § 61 Abs. 2 BGB. verhindert werden soll, der § 61 Abs. 2 aber auf die AG. nicht anwendbar ist.

Der Abs. 4 ist nicht anwendbar auf die AG. (ebenso Simon ZHR. 49 17), da deren Rechtsfähigkeit nicht auf Verleihung beruht.

Entziehungsverfahren.

§ 44. Die Zuständigkeit und das Verfahren bestimmen sich in den Fällen des § 43 nach den für streitige Verwaltungssachen geltenden Vorschriften der Landesgesetze. Wo ein Verwaltungsstreitverfahren nicht besteht, finden die Vorschriften der §§ 20, 21 der Gewerbeordnung Anwendung; die Entscheidung erfolgt in erster Instanz durch die höhere Verwaltungsbehörde, in deren Bezirke der Verein seinen Sitz hat.

Beruht die Rechtsfähigkeit auf Verleihung durch den Bundesrath, so erfolgt die Entziehung durch Beschluss des Bundesraths.

Falls BGB. § 43 Abs. 1, so ist auch BGB. § 44 Abs. 1 anwendbar auf die AG. Der Abs. 2 § 44 BGB. nicht anwendbar.

Anfall des Vereinsvermögens.

§ 45. Mit der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit fällt das Vermögen an die in der Satzung bestimmten Personen.

Durch die Satzung kann vorgeschrieben werden, daß die Anfallberechtigten durch Beschluß der Mitgliederversammlung oder eines anderen Vereinsorgans bestimmt werden. Ist der Zweck des Vereins nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, so kann die Mitgliederversammlung auch ohne eine solche Vorschrift das Vermögen einer öffentlichen Stiftung oder Anstalt zuweisen.

Fehlt es an einer Bestimmung der Anfallberechtigten, so fällt das Vermögen, wenn der Verein nach der Satzung ausschliesslich den Interessen seiner Mitglieder diente, an die zur Zeit der Auflösung oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit vorhandenen Mitglieder zu gleichen Theilen, anderenfalls an den Fiskus des Bundesstaats, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hatte.

Für den Fall der Auflösung ersetzt durch HGB. § 300; über den Fall der Entziehung der Rechtsfähigkeit vgl. HGB. § 292 Anm. I f. — Vgl. auch Art. 85 EGBGB.

Anfall an Fiskus.

§ 46. Fällt das Vereinsvermögen an den Fiskus, so finden die Vorschriften über eine dem Fiskus als gesetzlichem Erben anfallende Erbschaft entsprechende Anwendung. Der Fiskus hat das Vermögen thunlichst in einer den Zwecken des Vereins entsprechenden Weise zu verwenden.

Unanwendbar im Fall der Auflösung. Anwendbar auf die AG. im Fall der Entziehung der Rechtsfähigkeit (HGB. § 292 Anm. I f).

Anfall nicht an Fiskus.

§ 47. Fällt das Vereinsvermögen nicht an den Fiskus, so muß eine Liquidation stattfinden.

Für den Fall der Auflösung ersetzt durch HGB. § 294 Abs. 1. Anwendbar auf die AG. für den Fall der Entziehung der Rechtsfähigkeit (HGB. § 292 Anm. I f).

g. Liquidation (§§ 48—53).

Liquidatoren.

§ 48. Die Liquidation erfolgt durch den Vorstand. Zu Liquidatoren können auch

Die Liquidatoren haben die rechtliche Stellung des Vorstandes, soweit sich nicht aus dem Zwecke der Liquidation ein Anderes ergiebt.

Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so ist für ihre Beschlüsse Uebereinstimmung aller erforderlich, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist.

Der § 48 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Halbs. 1 und, soweit auf § 27 Abs. 1, 2, § 28 Abs. 1 BGB. zurückverwiesen, Halbs. 2 BGB. nicht anwendbar auf die AG., vielmehr ersetzt durch HGB. § 295 Abs. 1, 2. Anwendbar dagegen ist BGB. § 48 Satz 2 Halbs. 2, soweit darin auf BGB. § 29 zurückverwiesen ist (HGB. § 295 Anm. Ic 1).

Der § 48 Abs. 2 und 3 BGB. ersetzt durch HGB. § 298.

Geschäftskreis der Liquidatoren. Fortbestehen des Vereins.

§ 49. Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen, die Gläubiger zu befriedigen und den Ueberschuß den Anfallberechtigten auszuantworten. Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen. Die Einziehung der Forderungen sowie die Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld darf unterbleiben, soweit diese Maßregeln nicht zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Vertheilung des Ueberschusses unter die Anfallberechtigten erforderlich sind.

Der Verein gilt bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert.

Der § 49 Abs. 1 Satz 1 und 2 ersetzt durch HGB. § 149 Satz 1 (§ 298 Abs. 1), § 300. Von § 49 Abs. 1 Satz 3 abweichend HGB. § 298 Abs. 1, § 149 (HGB. § 149 Anm. III, § 298 Anm. IIb; vgl. jedoch auch § 300 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 „soweit es hierzu erforderlich ist").

Der § 49 Abs. 2 ersetzt durch HGB. § 294 Abs. 2 (Simon ZHR. 49 18).

Bekanntmachung.

§ 50. Die Auflösung des Vereins oder die Entziehung der Rechtsfähigkeit ist durch die Liquidatoren öffentlich bekannt zu machen. In der Bekanntmachung sind die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern. Die Bekanntmachung erfolgt durch das in der Satzung für Veröffentlichungen bestimmte Blatt, in Ermangelung eines solchen durch dasjenige Blatt, welches für Bekanntmachungen des Amtsgerichts bestimmt ist, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hatte. Die Bekanntmachung gilt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Einrückung oder der ersten Einrückung als bewirkt.

Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung aufzufordern.

Abweichend HGB. § 297 (HGB. § 297 Anm. II).

Sperrzeit.

§ 51. Das Vermögen darf den Anfallberechtigten nicht vor dem Ablauf eines Jahres nach der Bekanntmachung der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit ausgeantwortet werden.

Ersetzt durch HGB. § 301 Abs. 1 (D. 164 z. HGB.).

Sicherung der Gläubiger.

§ 52. Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, für den Gläubiger zu hinterlegen.

Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf das Vermögen den Anfallberechtigten nur ausgeantwortet werden, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist.

Ersetzt durch HGB. § 301 Abs. 2, 3 (D. 164 z. HGB.).

Haftung der Liquidatoren.

§ 53. Liquidatoren, welche die ihnen nach dem § 42 Abs. 2 und den §§ 50 bis 52 obliegenden Verpflichtungen verletzen oder vor der Befriedigung der Gläubiger Vermögen

den Anfallberechtigten ausantworten, sind, wenn ihnen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich; sie haften als Gesammtschuldner.

Abweichend HGB. §§ 298 Abs. 2, 241.

IV. Nicht rechtsfähiger Verein (§ 54).

§ 54. Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäfte, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich; handeln Mehrere, so haften sie als Gesammtschuldner.

Der § 54 Satz 1 BGB. anwendbar auf die AG. vor deren Entstehung; der § 54 Satz 2 BGB. ersetzt durch HGB. § 200 Abs. 1 Satz 2 (HGB. § 200 Anm. IIb 1).

II. Auszug aus den Vorschriften des EGBGB. über Vereine.

Art. 10 (**Ausländische Vereine**). Nicht anwendbar auf ausländische Aktiengesellschaften (HGB. § 6 Anm. Ib 1).

Art. 84 (**Religions- und geistliche Gesellschaften**). Anwendbar (HGB. § 210 Anm. Ib).

Art. 85 (**Anfall an Fiskus nach BGB**). Anwendbar falls § 45 Abs. 3 BGB. anwendbar auf die AG. Hierüber vgl. HGB. § 292 Anm. If. — Das Pr. AGBGB. bestimmt in Art. 5 § 1: „Das Anfallrecht in Ansehung des Vermögens eines Vereins bestimmt sich ausschließlich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs“.

Art. 86 (**Landesgesetzliche Erwerbsbeschränkungen**). Anwendbar. Vgl. die landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen für Elsaß-Lothringen (Makower[12] **3** 459), Mecklenburg-Schwerin (**3** 472), Mecklenburg-Strelitz (**3** 476), Preußen (**3** 389), Waldeck (**3** 499).

Art. 163 (**Ältere Vereine**). Anwendbar auf AG. soweit die angezogenen Vorschriften anwendbar (HGB. Vorbem. II vor § 178).

Art. 164—166 betreffen Realgemeinden und ähnliche Verbände, bairische und sächsische Vereine.

Vierter Abschnitt.

Kommanditgesellschaft auf Aktien.

I. Begriff; Vorschriften über KG. und AG. als Grundlage (§ 320).

§ 320.

Mindestens ein Gesellschafter der Kommanditgesellschaft auf Aktien haftet den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt (persönlich haftender Gesellschafter), während die übrigen sich nur mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft betheiligen (Kommanditisten).

Das Rechtsverhältniß der persönlich haftenden Gesellschafter unter einander und gegenüber der Gesammtheit der Kommanditisten sowie gegenüber Dritten, insbesondere die Befugniß der persönlich haftenden Gesellschafter zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft, bestimmt

Im Uebrigen gelten für die Kommanditgesellschaft auf Aktien, soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften oder aus dem Fehlen eines Vorstandes ein Anderes ergiebt, die Vorschriften des dritten Abschnitts über die Aktiengesellschaft.

ADH. Art. 173 Abs. 1 u. a. **Entw. I** § 292. **Entw. II** § 311.

I. **Begriff der Kommanditaktiengesellschaft** (§ 320 Abs. 1). Aus § 320 Abs. 1 ist nicht ableitbar, daß jede Vereinigung, bei welcher die dort aufgeführten Merkmale vorhanden sind, eine KAG. ist (§ 178 Anm. I a).

a. **Mindestens ein Gesellschafter haftet den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt (= persönlich haftender Gesellschafter).** Vgl. § 161 Anm. I d.

b. **Die übrigen beteiligen sich nur mit Einlagen auf das in „Aktien" zerlegte Grundkapital der Gesellschaft (= „Kommanditisten").** Vgl. § 178 Anm. II—IV. Einen Fall, in welchem im Verhältnis zur Gesellschaft eine Haftung über die Einlage hinaus eintritt, sieht § 328 Abs. 2 Satz 2 vor (§ 328 Anm. IV b gegen Staub⁸-Pinner). Gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haften die „Kommanditisten" der KAG. nicht (außer im Fall des § 217); sie sind daher den Aktionären der AG. ähnlicher als den persönlich, wenngleich beschränkt haftenden Kommanditisten der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft (Staub⁸-Pinner Anm. 1, Ring Nr. 1). Kommanditisten sind nach der in § 320 Abs. 1 enthaltenen Begriffsbestimmung diejenigen, welche sich nur mit Einlagen auf das in „Aktien" zerlegte Grundkapital beteiligen. Die persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie Grundkapitalanteile übernehmen (§ 321 Anm. II a), sind auch in dieser Eigenschaft nicht Kommanditisten. Dieser Sprachgebrauch ist, soweit ersichtlich, festgehalten in §§ 320—334; auch in § 328 Abs. 2, wo eine Gesamtheit der Kommanditisten erwähnt ist (unten Anm. III; zweifelhaft in § 320 Abs. 2). Dieser Sprachgebrauch paßt jedoch nicht zu der in § 320 Abs. 3 vorgeschriebenen entsprechenden Anwendung der Bestimmungen über die Aktiengesellschaft; denn die Bestimmungen über Aktionäre und Gesamtheit der Aktionäre finden — mit den geringen in §§ 320—334 enthaltenen Maßgaben — nicht nur auf die Kommanditisten und die Kommanditistengesamtheit in obigem Sinn Anwendung, sondern auch auf diejenigen Kommanditanteil-Berechtigten, welche außerdem auch persönlich haftende Gesellschafter sind und auf die diese einschließende Gesamtheit. Die Fassung des § 320 Abs. 1 zwingt wohl auch zu dem Schluß, daß eine KAG. nicht in der Weise gegründet werden kann, daß die persönlich haftenden Gesellschafter alle Kommanditanteils-Rechte („Aktien") übernehmen. Ist dies richtig, so muß ferner geschlossen werden, daß wenn später die persönlich haftenden Gesellschafter alle Kommanditanteil-Rechte erwerben, dadurch die Eigenschaft der Vereinigung als einer KAG. aufhören soll (so Ring Nr. 1, § 330 Anm. 13, dagegen Staub⁸-Pinner § 330 Anm. 24, Behrend § 147 Anm. 1 a); ob der Gesetzgeber dies in der Tat beabsichtigte, ist indessen sehr zweifelhaft.

II. **Juristische Persönlichkeit und Vereinseigenschaft der KAG.** Nach früherem Recht war streitig, ob die KAG. eine juristische Person sei. Nach jetzigem Recht folgt die Eigenschaft der KAG. als juristischer Person aus § 210 Abs. 1, welcher nach § 320 Abs. 3 anwendbar ist (Staub[8]-Pinner Anm. 2, Pinner Anm. III, Joerges in ZHR. **49** 170, Gareis § 37 III, Rudorff, Keyßner, Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 3; dagegen CosackHR. § 123 I 1, welcher die KAG. als Gesellschaft zur gesamten Hand, die Kommanditistengesamtheit als juristische Person auffaßt). Ebenso wie die AG. (Vorbem. II vor § 178), ist auch die KAG. ein Verein im Sinn des BGB. (§ 6 Abs. 2, Staub[7] Anm. 2, Simon ZHR. **49** 24, Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 3; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 6). Legt man diese Ansicht zu grund, so führt dies allerdings in mehrfacher Beziehung zu unlöslichen Widersprüchen mit § 320 Abs. 2. Da es aber infolge des inneren teilweisen Widerspruchs zwischen Abs. 2 und Abs. 3 unvermeidbar ist, welche Ansicht man auch annimmt, entweder mit Abs. 2 oder mit Abs. 3 in Widerspruch zu geraten, so wird man diejenige Ansicht zu bevorzugen haben, welche dem unverkennbaren Bestreben des Gesetzgebers, die KAG. mehr der AG. als der KG. anzuähneln (vgl. D. 174), am besten gerecht wird.

III. **Gesamtheit der Kommanditisten.**

a. **Eigenschaft als Verein.** Der Ausdruck „Gesamtheit der Kommanditisten" ist gebraucht in § 320 Abs. 2 (Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter gegenüber der Gesamtheit der Kommanditisten) und in § 328 Abs. 2 Satz 1 (Rechtsstreitigkeiten zwischen den persönlich haftenden Gesellschaftern und der Gesamtheit der Kommanditisten). Dagegen ist in § 327 Abs. 2, § 328 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, § 330 Abs. 3, § 331 Abs. 1, § 332 Abs. 1 jener Ausdruck vermieden und durch „Generalversammlung" bzw. „die Kommanditisten" ersetzt. Was unter jenem Ausdruck verstanden werden sollte, hat der Gesetzgeber sich wohl nicht ganz klar gemacht. An sich wäre es möglich, die Kommanditistengesamtheit als Gemeinschaft oder als Verein aufzufassen. Sieht man in „Gesamtheit" nur einen die vielen einzelnen Kommanditisten zusammenfassenden Ausdruck ohne Hinweis auf besondere Rechtspersönlichkeit, so sind die bezüglich der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften über das Rechtsverhältnis zwischen persönlich haftenden Gesellschaftern und Kommanditisten unanwendbar, weil bei der KAG. ein Rechtsverhältnis zwischen den persönlich haftenden Gesellschaftern und den mehreren e i n z e l n e n Kommanditisten überhaupt nicht besteht. Versteht man unter Gesamtheit einen Verein (vgl. D. 176: „o r g a n i s i e r t e Gesamtheit"), so ist § 320 Abs. 2 allerdings ungenau, weil bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft ein solcher Verein der Kommanditisten, zu welchem die persönlich haftenden Gesellschafter in einem Rechtsverhältnis stehen könnten, nicht vorhanden ist; immerhin läßt sich dann aber denken, daß die für die gewöhnliche Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften über das Rechtsverhältnis von persönlich haftenden Gesellschaftern zu den Kommanditisten e n t s p r e c h e n d auf die KAG. in der Weise angewendet werden, daß die Kommanditistengesamtheit der KAG. so angesehen wird als wäre sie e i n Kommanditist der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft (ROH. 18 395; vgl. auch Pinner § 327 Anm. I). Von dieser Auslegung des § 320 Abs. 2 wird daher wohl auszugehen sein. Sie setzt nach Vorstehendem voraus, daß die Kommanditistengesamtheit als ein der AG. ähnlicher Verein aufgefaßt wird (so CosackHR. § 123 I 1b; dagegen Staub[8]-Pinner § 328 Anm. 2, Joerges in ZHR. **49** 171 Anm. 109, Gareis § 37 III, Ring Nr. 1), dessen Vorstand der Aufsichtsrat der KAG. ist (unten Anm. V c 9). — Daß ein Verein als solcher Mitglied eines anderen Vereins ist, ist nichts Ungewöhnliches (vgl. auch § 105 Anm. I e 1); daß hier die Kommanditistengesamtheit als Mitglied der KAG. aufzufassen wäre, steht daher der vorstehenden Auslegung nicht entgegen.

b. **Wer ist Mitglied der Kommanditistengesamtheit?** An sich wäre man geneigt anzunehmen, daß Mitglieder der Kommanditistengesamtheit auch diejenigen persönlich haftenden Gesellschafter sind, welche Kommandit-Anteilrechte („Aktien") erworben haben, in Ansehung dieser Anteilrechte; nur daß während der Zeit ihrer Anteilberechtigung e i n e s der mit dem Anteilrecht verknüpften *Rechte,* das Stimmrecht, ruht (§ 327 Abs. 1). Dies entspricht aber wohl nicht der Absicht des Gesetzgebers. Dieser scheint vielmehr zur Kommanditistengesamtheit nur

(„nur“; oben Anm. I b) in Zusammenhang mit der in § 328 Abs. 2 enthaltenen Gegenüberstellung von „Gesamtheit der Kommanditisten“ und „Kommanditisten“ und die Unbilligkeit, welche bei gegenteiliger Auslegung des Worts „Kommanditisten“ in § 328 Abs. 2 entstehen würde. Die anscheinend so gewollte Beschränkung des Begriffs ist aber sehr verwirrend, denn die in § 320 Abs. 3 vorgeschriebene Anwendung der Bestimmungen über die AG. und zum großen Teil auch die in § 320 Abs. 2 vorgeschriebene Anwendung der für die Kommanditgesellschaft geltenden Bestimmungen über das Verhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter zu den Kommanditisten ist — man denke z. B. an die Bestimmungen über Bilanz und Gewinnverteilung — nur möglich in der Weise, daß alle Kommanditaktienberechtigte, gleichgültig ob sie außerdem auch persönlich haften oder nicht, als eine Gesamtheit aufgefaßt werden.

IV. **Die KAG. im Verhältnis zu anderen Vereinigungsformen.** Legt man das vorstehend zu II und III Ausgeführte zu grund, so ist die KAG. aufzufassen als Verein, dessen Mitglieder die einzelnen „persönlich haftenden Gesellschafter“ und der Kommanditistenverein sind. Ob man die KAG. als eine KG. besonderer Art, als eine AG. besonderer Art (so Pinner Anm. I, Rudorff) oder als eine selbständig neben die KG. und AG. als etwas Drittes zu stellende Vereinigungsform ansehen will, ist ziemlich willkürlich und hängt davon ab, wie man die Begriffe der KG. und AG. bestimmen will. Die KAG. ist von der Kommanditgesellschaft namentlich durch die Eigenschaft der ersteren als Verein unterschieden, von der Aktiengesellschaft namentlich durch das Hinzutreten der persönlich haftenden Gesellschafter. Nach beiden Richtungen sind die hiermit zusammenhängenden Verschiedenheiten so erhebliche, daß es zweckmäßig erscheint, die KAG. als besondere Vereinigungsform ebenbürtig der KG. und AG. an die Seite zu stellen. Dem entspricht ihre Behandlung in einem besonderen Abschnitt des Buch II HGB. — Auch die Kommanditistengesamtheit kann nicht etwa als eine Art AG., sondern nur als ein der AG. ähnliches Gebilde aufgefaßt werden.

V. **Grundlegende Fragen bezüglich Anwendbarkeit teils der für die Kommanditgesellschaft, teils der für die Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften (§ 320 Abs. 2, 3).**

a. **Regel.** Der Abs. 3 enthält die Regel, daß auf die KAG. die Vorschriften über die AG. zur Anwendung kommen. Zwar sind in § 320 Abs. 3 ausdrücklich nur die Vorschriften „des dritten Abschnitts“ für anwendbar erklärt; doch liegt hierin nicht ein Ausschluß der Anwendung anderer die AG. betreffender Vorschriften, z. B. der Vorschriften des Vereinsrechts, da anderenfalls nicht gewollte Abweichungen zwischen dem Recht der KAG. und demjenigen der AG. entstehen würden. Von vorstehender Regel gelten folgende Ausnahmen:

b. **Ausnahmen.**

1. Soweit sich aus §§ 321—334 ein Anderes ergibt (§ 320 Abs. 3). So insbesondere bezüglich der Abhängigkeit der Generalversammlungsbeschlüsse von Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter (§ 327) und bezüglich der Auflösungsgründe (§ 330). Die §§ 321—334 gehen nicht, wie es nach der Fassung des § 320 scheinen könnte, nur den Abs. 3, sondern auch (vgl. namentlich §§ 327—331) den in Abs. 2 für anwendbar erklärten Vorschriften vor.

2. Soweit sich aus dem Fehlen eines Vorstands ein Anderes ergibt (§ 320 Abs. 3). Welches „Andere“ sich ergibt, ist nicht gesagt; mithin ist im Gesetz unentschieden gelassen, welche Vorschriften in diesem Ausnahmefall angewendet werden sollen, ob etwa die betreffenden den Vorstand erwähnenden Vorschriften ganz gegenstandslos werden, oder ob sie entsprechend auf die persönlich haftenden Gesellschafter zur Anwendung kommen. Gegen letzteres spricht für die in §§ 321 ff. nicht ausdrücklich geregelten Fälle der Gegenschluß aus der Aufzählung in § 325. Trotzdem ist in einigen nicht den § 325 getroffenen Fällen eine entsprechende Anwendung als gewollt zu erachten. So z. B. bezüglich §§ 192 Abs. 1, 2, 196 Abs. 3 Satz 1, 199 Abs. 2 Satz 1, 204, 240 Abs. 1, 244 Satz 1, 282 Abs. 2. Keine entsprechende Anwendung ist gewollt z. B. bezüglich § 190 Abs. 3, § 195 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 4, §§ 231—233, 235, 237, 242. Zweifelhaft ist, was gewollt, z. B. für § 234 (unten Anm. VI i 4), § 238 (unten Anm. VI b 7), § 2..

(unten Anm. VI i 9), § 241 (unten Anm. VI i 11), § 247 Abs. 1 (§ 328 Anm. IV), § 260 Abs. 1 (unten Anm. VI i 30).

3. Bezüglich des Rechtsverhältnisses der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander (§ 320 Abs. 2).
4. Bezüglich des Rechtsverhältnisses der persönlich haftenden Gesellschafter gegenüber der Gesamtheit der Kommanditisten (§ 320 Abs. 2). Vgl. oben Anm. III a.
5. Bezüglich des Rechtsverhältnisses der persönlich haftenden Gesellschafter gegenüber Dritten (§ 320 Abs. 2).

c. **Hiernach ergibt sich folgende Übersicht** darüber, welche Vorschriften für die bei der KAG. in Betracht kommenden wichtigsten Rechtsbeziehungen maßgebend sind:

1. Errichtung und Entstehung der Gesellschaft. Anwendbar sind im wesentlichen die Vorschriften über die Aktiengesellschaft mit den Maßgaben in §§ 321—324, 325 Nr. 1, 327. — Sowohl Gleich- wie Stufengründung ist zulässig (D. 174).
2. Allgemeine Vorschriften über die „Aktien" der Kommanditisten. Anwendbar sind die Vorschriften über die „Aktien" der Aktiengesellschaft.
3. Rechtsverhältnis der Gesellschaft gegenüber Dritten. Anwendbar sind die Vorschriften über die Aktiengesellschaft. Bezüglich der Vertretungsmacht der persönlich haftenden Gesellschafter gelten jedoch die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft (§ 320 Abs. 2).
4. Rechtsverhältnis der Gesellschaft gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern. Hierüber ist aus § 320 Abs. 3 nichts zu entnehmen, weil bei der Aktiengesellschaft kein ähnliches Rechtsverhältnis vorkommt. Andererseits ist dieses Rechtsverhältnis auch nicht in § 320 Abs. 2 erwähnt, denn die Gesellschaft ist weder ein „Dritter" im Sinn des Abs. 2, noch gleichbedeutend mit der „Gesamtheit der Kommanditisten". Da mithin dies Rechtsverhältnis im Gesetz nicht allgemein geregelt ist, so wird man — wo nicht die Sondervorschriften der §§ 321 ff. eingreifen, oder die Befugnisse des bei der KG. nicht vorhandenen Aufsichtsrats zum Handeln namens der Gesellschaft in Betracht kommen — entsprechend diejenigen Vorschriften anzuwenden haben, welche bei der Kommanditgesellschaft für die Beziehungen des einzelnen persönlich haftenden Gesellschafters zur Gemeinschaft aller persönlich haftenden Gesellschafter und Kommanditisten gelten, soweit eine solche Anwendung mit der Eigenschaft der KAG. als juristischer Person (oben Anm. II) verträglich ist. Insbesondere sind die persönlich haftenden Gesellschafter neben der Kommanditistengesamtheit Mitglieder des Vereins (oben Anm. II), als welcher die KAG. aufzufassen ist. Auch ihr Beitritt enthält die Erklärung des Beitritts zu einem Verein (vgl. § 188 Anm. I, § 182 Anm. II b 2), nicht den Abschluß eines Vertrags nur mit den einzelnen Gesellschaftern (vgl. unten zu 11). Was sie einlegen, wird, auch wenn man die in § 105 Anm. I g 2 für die offene Handelsgesellschaft dargelegte Ansicht nicht billigt, Eigentum der KAG., nicht etwa Eigentum zur gesamten Hand der Gesellschafter (Staub[8]-Pinner Anm. 49). — Im einzelnen bleibt allerdings vieles zweifelhaft.
5. Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander und zu Dritten. Anwendbar sind die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft. Vgl. jedoch unten zu 11 über Aufnahme von Vorschriften, die das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander betreffen, in die Satzung.
6. Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter zur Gesamtheit der Kommanditisten. In erster Reihe kommen hierauf bezügliche in §§ 321—334 enthaltene Vorschriften zur Anwendung (oben Anm. V b 1; vgl. § 327 Anm. I). In zweiter Reihe sind entsprechend (oben Anm. III a) anwendbar die Vorschriften, welche für die Kommanditgesellschaft das Rechtsverhältnis zwischen den persönlich haftenden Gesellschaftern und den Kommanditisten regeln.

wähnten Vorschriften folgen. Die Kommanditistengesamtheit ist neben den persönlich haftenden Gesellschaftern Mitglied der KAG. (oben Anm. IV).

8. Rechtsverhältnis der Kommanditisten untereinander und zu Dritten. Anwendbar sind die Vorschriften über das Rechtsverhältnis der Aktionäre untereinander (soweit ein solches besteht) und zu Dritten.

9. Verfassung. Die Verfassung ist ein Gemisch aus derjenigen der Aktiengesellschaft und derjenigen der Kommanditgesellschaft.

α. Ein Vorstand besteht nicht. An dessen Stelle stehen die persönlich haftenden Gesellschafter. Sie sind — anders als der Vorstand der AG. — nicht jederzeit absetzbare Vereinsbeamte, vielmehr Mit-Geschäftsherren, welche die Geschäfte zwar auch für andere, aber zugleich für sich führen (ROH. 18 395, 24 166; vgl. jedoch oben Anm. II) und nur wegen wichtiger Gründe ausschließbar (§ 140). Die persönlich haftenden Gesellschafter bilden auch nicht, wie es beim Vorstand der Fall, eine in sich geschlossene Behörde, stehen vielmehr der Gesellschaft, der Kommanditistengesamtheit und Dritten grundsätzlich als einzelne gegenüber, wenngleich dieser Unterschied durch Einführung von Gesamtgeschäftsführungsbefugnis (§ 115 Abs. 2), Gesamtvertretungsmacht (§ 125 Abs. 2) und Mehrheitsbeschlüssen (§ 119 Abs. 2) der persönlich haftenden Gesellschafter abgeschwächt werden kann. — Aus der Eigenschaft der KAG. als Verein (oben Anm. II) folgt (§ 1 Anm. IV d 3), daß die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. nicht als solche die Eigenschaft eines Kaufmanns haben (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 11, Ring Nr. 3; dagegen RGSt. 34 379, CosackHR. § 123 I 4, Keyßner § 320 Anm. 6, Düringer-Hachenburg § 1 Nr. III d, Goldmann § 1 A Anm. 2 I). — Inwieweit sie als Zeugen vernommen werden können, vgl. unten Anm. VI h 1. Über den Grad ihrer Haftung vgl. unten Anm. VI i 11.

β. Betreffs des Aufsichtsrats kommen die Vorschriften über den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft zur Anwendung, er ist mithin eine Behörde der Kommanditaktiengesellschaft (ebenso CosackHR. § 123 VI 2, Pinner § 328 Anm. I, Staub[8]-Pinner § 320 Anm. 92, Ring Nr. 7; D. 178: „hat in erster Linie die Interessen der Kommanditisten zu vertreten"); doch hat der Aufsichtsrat der KAG. gleichzeitig die Stellung eines Vorstands (D. 178: „ausführendes Organ"; § 328) des Kommanditistenvereins (oben Anm. III a; vgl. ROH. 14 309). Über Einzelheiten vgl. unten Anm. VI i 13—19, § 328. Über Wahl des Aufsichtsrats vgl. unten Anm. VI g 14, § 327 Anm. III a 1.

γ. Die Generalversammlung der KAG. unterliegt im wesentlichen den Vorschriften über die Generalversammlung der Aktiengesellschaft. Während aber die Generalversammlung der Aktiengesellschaft eine Behörde dieser Gesellschaft ist, kann man — wenngleich dies im Gesetz nicht zu scharfem Ausdruck gekommen ist — die Generalversammlung der Kommanditaktiengesellschaft wohl nicht als Behörde dieser Gesellschaft, vielmehr nur als Behörde des Kommanditistenvereins ansehen (vgl. D. 177; ebenso Pinner Anm. IV 4, Staub[7] Anm. 5 Nr. 4, Ring Nr. 8). Ein Beschluß der Generalversammlung der KAG. enthält nur den Ausdruck des Willens der Kommanditisten, nicht der Gesellschaft, wodurch nicht ausgeschlossen ist, daß in gewissen Fällen die Willensäußerung der Kommanditisten genügt, um die Gesellschaft zu binden. Auf dieser abweichenden Stellung der Generalversammlung der KAG. beruhen die Vorschriften des § 327.

10. Geschäftsführung. Soweit die Befugnis der persönlich haftenden Gesellschafter zur Geschäftsführung in Betracht kommt, sind die für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften anzuwenden (§ 320 Abs. 2). Soweit der inhaltliche Umfang der Geschäftsführungsbefugnis in Betracht kommt, ist grundsätzlich gleichfalls auf die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft zurückzugreifen, denn (§ 320 Abs. 2) dieser Umfang ist ein Ausdruck des Rechtsverhältnisses der persönlich haftenden Gesellschafter zueinander und zur Kommanditistengesamtheit; aus §§ 321 ff. (vgl. namentlich § 325) folgt aber, daß in zahlreichen Beziehungen auch die Vorschriften über die Geschäftsführung des Vorstands der

Aktiengesellschaft zur entsprechenden Anwendung kommen (vgl. auch § 327 Anm. I). — Vgl. auch unten Anm. VI b 5—8.

11. „Gesellschaftsvertrag" und dessen Abänderung. Erachtet man die KAG. als juristische Person (oben Anm. II), so ist auch bei der KAG. der „Gesellschaftsvertrag" des HGB. kein Gesellschaftsvertrag, sondern eine Satzung im Sinn des BGB. (vgl. Vorbem. II vor § 178). Die Satzung der KAG. hat aber zugleich die Eigenschaft einer Satzung der Kommanditistengesamtheit (vgl. oben Anm. III a). Da beide Bestandteile nicht voneinander unterscheidbar ineinanderfließen, wird § 327 Abs. 2 (in Verbindung mit § 321 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1, § 182 Abs. 2 Nr. 3, 5) wohl dahin ausgelegt werden müssen, daß jede Satzungsänderung, selbst wenn sie nur das Verhältnis der Kommanditisten untereinander, z. B. die Art der Einteilung des Grundkapitals oder die Verteilung des Stimmrechts in der Generalversammlung, betrifft, der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter bedarf. Aber auch die in die einzelne Satzung etwa aufgenommenen Bestimmungen, welche das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander regeln, sind trotz § 320 Abs. 2 als Teil der Satzung und nicht etwa als ein davon zu unterscheidender Vertrag anzusehen; ihre Abänderung ist daher nur im Weg der Satzungsänderung zulässig, also nur mit Zustimmung der Generalversammlung der Kommanditisten in den für Satzungsänderungen vorgeschriebenen Formen. — Nach Vorstehendem kommen auf Satzungsänderungen jeder Art bei der KAG. für die stets erforderliche Zustimmung der Kommanditistengesamtheit die Vorschriften über Änderung der Satzung einer AG. zur Anwendung mit der Maßgabe, daß für jede Satzungsänderung die Zustimmung auch der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (im Ergebnis ebenso CosackHR. § 123 X 2, Staub[8]-Pinner Anm. 100, 108, Ring Nr. 5, 9; daß es aus § 320 Abs. 2 folge, was bei Staub[8]-Pinner angenommen, ist jedoch nicht anzuerkennen). — Über das Ausscheiden persönlich haftender Gesellschafter vgl. nachstehend zu 13.

12. Auflösung der Gesellschaft. Bezüglich der Auflösungsgründe kommen (§ 330 Abs. 1) die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft mit den Maßgaben in § 330 Abs. 2, 3 zur Anwendung, bezüglich der Wirkung der Auflösung die Vorschriften (§§ 293, 294 Abs. 1) über die Aktiengesellschaft (D. 180) mit der Maßgabe in § 330 Abs. 5. Über Umwandlung einer KAG. in eine AG. ohne Auflösung der ersteren bestimmen §§ 332—334.

13. Ausscheiden von persönlich haftenden Gesellschaftern. Nach § 322 Abs. 1, 2 sind die Personen und Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter in der Satzung anzugeben. Hieraus würde an sich folgen, daß jede Änderung in den Personen oder Einlagen eine Satzungsänderung enthält. Das Gegenteil ist indessen aus § 330 Abs. 1, 4, 5 zu entnehmen. Das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters enthält hiernach keine Satzungsänderung (abweichend CosackHR. § 123 X 1a). Vgl. D. 177: „das Ausscheiden vollzieht sich nicht unter allen Umständen in der Form einer Änderung des Gesellschaftsvertrags". Entsprechend für GmbH.: RG. 44 97, KG. 25 II 01 KGJ. 21 A 263. Das Registergericht kann zwar die Anmeldung der Änderung erzwingen (§ 330 Abs. 5), aber nicht die entsprechende Änderung der Satzung. Der Mangel an Folgerichtigkeit, der hiernach in den Bestimmungen des § 322 Abs. 1, 2 verglichen mit § 330 liegt, und der sich z. B. darin zeigt, daß eine Minderung des Vermögenseinlage-Versprechens des persönlich haftenden Gesellschafters nur im Weg der Satzungsänderung, das Aufhören des Einlage-Versprechens durch Ausscheiden aber auch ohne Satzungsänderung eintreten kann, ist in seinen Wirkungen für Dritte gemildert durch die Bestimmungen der §§ 330 Abs. 5, § 15. — Über die Frage, ob in anderen Fällen einer Änderung in den Personen der persönlich haftenden Gesellschafter eine Satzungsänderung liegt, vgl. § 322 Anm. I.

14. Liquidation. Die Liquidation hat im wesentlichen nach den Vorschriften über Liquidation der Aktiengesellschaft zu erfolgen (vgl. D. 181: „ganz in derselben Weise wie die Liquidation der AG.") mit der Maßgabe in § 331. In einigen Beziehungen muß indessen, da das *Rechtsverhältnis* der persönlich haftenden Gesellschafter zueinander, zur Kommanditistengesamtheit oder zu Dritten hineinspielt, auf die Vorschriften über Liquidation der

Kommanditgesellschaft zurückgegriffen werden (§ 320 Abs. 2; vgl. unten Anm. VId 15). Insbesondere kommt bezüglich Verteilung des Gesellschaftsvermögens zunächst § 155 mit den in § 329 Abs. 1 Satz 2 und § 240 Abs. 2 für die Fälle von Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung und Unterbilanz festgesetzten Maßgaben so zur entsprechenden Anwendung, als wäre die Kommanditistengesamtheit **ein** Kommanditist (oben Anm. IIIa), und es für das hiernach auf die **Kommanditistengesamtheit** entfallende Auseinandersetzungsguthaben sind §§ 300, 301 maßgebend (§ 329 Anm. IIa, CosackHR. § 123 IX 2a, Staub⁸-Pinner § 330 Anm. 19, Ring § 331 Nr. 7; dagegen früher Pinner § 331 Anm. II). Erheblich ist die Anwendbarkeit des § 155 im **wesentlichen** nur für **vorläufige** Verteilungen (§ 155 Abs. 2 Satz 1 verglichen mit § 300 Anm. IIb, § 301), da endgültige Verteilung auch bei der Kommanditgesellschaft erst nach Legung der „Schlußbilanz" (§ 155 Abs. 1), bei der KAG. also erst nach Legung der „Schlußrechnung" (§ 302 Anm. IIa, § 320 Abs. 3) zulässig ist, die Legung der Schlußrechnung aber nach § 302 Abs. 1 die erfolgte Beendigung der Liquidation, mithin auch die Erledigung der Vorschriften des § 301, voraussetzt.

15. **Nichtigkeit der Gesellschaft.** Die Vorschriften über Nichtigkeit der Aktiengesellschaft finden Anwendung mit der Maßgabe, daß an die Stelle des § 182 Abs. 2 Nr. 4 der § 322 Abs. 1 und wohl auch Abs. 2 tritt.
16. **Verjährung der Ansprüche gegen persönlich haftende Gesellschafter.** Anwendbar sind die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft.
17. **Strafvorschriften.** Anwendbar sind die Vorschriften über die Aktiengesellschaft mit der Maßgabe, daß die persönlich haftenden Gesellschafter an die Stelle der Vorstandsmitglieder treten.

VI. **Die einzelnen Vorschriften des HGB. über oHG., KG. und AG., geprüft bezüglich ihrer Anwendbarkeit auf die KAG.** Die in § 320 Abs. 2, 3 getroffene Regelung scheint auf den ersten Blick eine einfache. Sie leidet indessen schon daran, daß Abs. 2 und Abs. 3 sich widerspruchsvoll sind (oben Anm. II, III). Auch wird § 320 Abs. 2 beschränkt durch einige der in §§ 321 ff. enthaltenen oder in untrennbarem Zusammenhang mit letzteren stehenden Vorschriften. Dazu kommt, daß in dem durch § 320 Abs. 2 mit in Bezug genommenen § 161 Abs. 2 auf die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft, soweit sie nicht durch §§ 161 bis 177 geändert, und in dem mit dieser Maßgabe anwendbaren § 105 Abs. 2 auf die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft, soweit sie nicht durch §§ 105—160 geändert, Bezug genommen ist, daß aber die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft teilweise unanwendbar auf die KAG. sind, weil diese ein Verein ist. Soweit nach § 320 Abs. 3 aktienrechtliche Vorschriften (mit den Maßgaben in §§ 321—334) zur Anwendung kommen, gelten daneben ergänzend die Vorschriften des BGB. über rechtsfähige Vereine (Vorbem. II vor § 178). Endlich ist auch § 322 Abs. 1, 2 in einem wesentlichen Punkt nicht folgerichtig mit § 330 Abs. 1, 4, 5 vereinbar (oben Anm. Vc 13). Aus allem diesem ergibt sich eine solche Menge von Zweifeln bei dem Versuch, die einzelnen Vorschriften auf ihre Anwendbarkeit zu prüfen, daß die Art der gesetzlichen als eine nicht glückliche angesehen werden muß.

a. **Errichtung der offenen Handelsgesellschaft.** Über Errichtung und Entstehung der KAG. vgl. oben Anm. Vc 1.

1. **§ 105 HGB. Begriff der offenen Handelsgesellschaft (Abs. 1); Bürgerliches Gesetzbuch als Grundlage (Abs. 2).** Der § 105 Abs. 1 nicht anwendbar. Der § 105 Abs. 2 anwendbar für die in § 320 Abs. 2 bezeichneten Rechtsverhältnisse, soweit auch in Buch II Abschnitt 2 **und 4** nicht ein Anderes vorgeschrieben ist (vgl. auch oben Anm. Vc 4).
2. **§ 106 HGB. Anmeldung bei Errichtung der Gesellschaft.** Nicht anwendbar, ersetzt durch §§ 195, 323 Abs. 2. Ob die Personen der persönlich haftenden Gesellschafter erstmalig anzumelden sind, vgl. § 323 Anm. IV.
3. **§ 107 HGB. Anmeldung bei Änderungen.** Soweit bei der KAG. die im § 107 erwähnten Änderungen nur im Weg der Satzungsänderung erfolgen können, ersetzt durch § 277 (§ 320 Abs. 3). Nimmt man an, daß ein Eintreten neuer persönlich haftender

Gesellschafter bei der KAG. auch in anderer Weise als durch Satzungsänderung zulässig ist, so ist insoweit wohl § 107 anzuwenden (§ 325 Anm. III); doch kann dies hier dahingestellt bleiben, da aus § 324 (vgl. § 325 Nr. 1) dieselbe Anmeldungspflicht folgen würde.

4. **§ 108 HGB.** Form der Anmeldung; Firmen- und Unterschriftszeichnung. Der § 108 Abs. 1 (nicht § 234, der nur Anmeldung in vertretungsberechtigter Zusammensetzung fordert) ist anwendbar für diejenigen in § 107 erwähnten Fälle, bei denen keine Satzungsänderung vorliegt (vorstehend zu 3); in den übrigen Fällen kommt § 277 Abs. 1 zur Anwendung. — Der § 108 Abs. 2 ist anwendbar.

b. **Rechtsverhältnis der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft untereinander.** Über die Anwendbarkeit auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG., vgl. oben Anm. Vc 5, jedoch auch Anm. Vc 4, 11.

1. **§ 109 HGB.** Verhältnis des Gesellschaftsvertrags zum Gesetz. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG., soweit §§ 163—169 und §§ 321 bis 334 nicht entgegenstehen. Vgl. auch oben Anm. Vc 11.
2. **§ 110 HGB.** Aufwendungen und Verluste eines Gesellschafters. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. (§ 320 Abs. 2).
3. **§ 111 HGB.** Verzögerung der Einlegung oder Geldablieferung, unbefugte Entnahmen. Anwendbar (oben Anm. Vc 4). Vgl. auch § 325 Nr. 7.
4. **§§ 112, 113 HGB.** Verbot von Sondergeschäften. Nicht anwendbar; ersetzt durch § 326. Sachlich zutreffend ist aber auch neben § 326 Abs. 2 der Vorbehalt in § 113 Abs. 4 (§ 326 Anm. III).
5. **§ 114 HGB.** Geschäftsführungsbefugnis. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. (§ 320 Abs. 2); doch sind neben ihnen auch Aufsichtsrat (§ 246 Anm. III, § 328 Anm. III; vgl. § 325 Nr. 3—5, 7) und Generalversammlung (§ 250 IVb, § 327 Anm. I; vgl. § 325 Nr. 3, 5, 7, § 327 Abs. 3) in gewissem Umfang geschäftsführungsbefugt.
6. **§ 115 HGB.** Geschäftsführung durch mehr als einen Gesellschafter. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. (§ 320 Abs. 2). Bezüglich des Widerspruchsrechts der Kommanditistengesamtheit vgl. unten zu § 164 Satz 1.
7. **§ 116 HGB.** Umfang der Geschäftsführungsbefugnis. Der § 116 Abs. 1 anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. (§ 320 Abs. 2); doch sind neben ihnen auch Aufsichtsrat und Generalversammlung in gewissem Umfang geschäftsführungsbefugt (oben zu 5). — Der § 116 Abs. 2, falls man annimmt, daß für die Kommanditgesellschaft § 164 Satz 1 Halbs. 2 nicht an Stelle des § 116 Abs. 2, sondern neben ihm gilt (§ 161 Anm. IIb 7), ist anwendbar auf die KAG. in der Weise, daß für eine über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb (§ 210 Anm. III, § 238 Anm. Ic) hinausgehende Handlung ein Beschluß aller persönlich haftenden Gesellschafter und ein zustimmender Beschluß der Generalversammlung erforderlich ist. — Der § 116 Abs. 3 Satz 1 ist anwendbar (§ 164 Satz 2, § 320 Abs. 2) dahin, daß zur Bestellung eines Prokuristen es der Zustimmung aller geschäftsführenden persönlich haftenden Gesellschafter bedarf, es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist. Zweifelhaft ist, ob — trotzdem bei der gewöhnlichen KG. die Kommanditisten nicht mitzuwirken haben (§ 164 Satz 2) — daneben auch § 238 zur entsprechenden Anwendung kommt; doch ist dies wohl zu bejahen (ebenso Staub⁸-Pinner Anm. 84, Rudorff zu § 320 Abs. 3, Ring Nr. 6; ähnlich Goldmann Nr. 12; früher dagegen Pinner § 325 Anm. II 4), denn wenngleich die in § 238 liegende Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter zur Kommanditistengesamtheit berührt, ist die Regel des § 320 Abs. 2 nicht allein maßgebend, weil § 238 über eine Obliegenheit des Vorstands zum Aufsichtsrat im innern Verhältnis bestimmt, hierfür aber nach § 325 Nr. 5 die für den Vorstand gegebenen Vorschriften auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. entsprechende

dahin, daß der Widerruf der Prokura (im inneren Verhältnis; für das äußere vgl. § 126 Anm. Ic) durch jeden einzel- oder gesamtgeschäftsführungsbefugten persönlich haftenden Gesellschafter oder durch den Aufsichtsrat (zust. Ring Nr. 6, Goldmann Nr. 12; anders Staub[8]-Pinner Anm. 84) erfolgen kann.

8. **§ 117 HGB.** Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis. Anwendbar auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis von persönlich haftenden Gesellschaftern (§ 320 Abs. 2); der Antrag ist zu stellen von allen übrigen persönlich haftenden Gesellschaftern und von dem Aufsichtsrat auf grund Beschlusses der Generalversammlung (§ 328 Abs. 2) oder, wenn es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats handelt, auch ohne Generalversammlungsbeschluß (§ 328 Abs. 3). — Für nicht entziehbar erachten CosackHR. § 123 VI 1e und Staub[8]-Pinner Anm. 85 die in § 325 aufgezählten Befugnisse. Dies ist als richtig nur insoweit anzuerkennen, als der betreffenden Befugnis eine öffentlichrechtliche Pflicht entspricht, was allerdings in vielen jener Fälle zutreffen wird.

9. **§ 118 HGB.** Nachprüfungsrecht jedes Gesellschafters; insbesondere Einsichtnahme in Handelsbücher und Papiere. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. (§ 320 Abs. 2). Über die entsprechenden Rechte der Kommanditistengesamtheit vgl. unten zu § 166.

10. **§ 119 HGB.** Beschlußfassung der Gesellschafter. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. (§ 320 Abs. 2), soweit ein von diesen allein zu fassender Beschluß oder ihre Zustimmung zu Beschlüssen der Generalversammlung in Frage kommt. Der § 119 ist aber nur anwendbar bei denjenigen Beschlüssen, welche im Rahmen des Gesellschaftsvertrags bleiben (§ 119 Anm. I). Für Satzungsänderung ist daher stets Zustimmung aller persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich.

11. **§ 120 HGB.** Gewinn- und Verlustanteil. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. (§ 320 Abs. 2) mit der Maßgabe, daß der Jahresgewinn oder -verlust nicht auf Grund der Bilanz, sondern in anderer Weise, z. B. auf Grund der Gewinn- und Verlustrechnung unter Nichtberücksichtigung des Gewinn- oder Verlustvortrags, ermittelt wird. Die Bilanz ist im wesentlichen nach aktienrechtlichen Vorschriften aufzustellen, weist daher nicht den Jahresgewinn oder -verlust nach (§ 261 Anm. XII). Auch bezüglich der Bewertung von Vermögensgegenständen sind die aktienrechtlichen Vorschriften maßgebend (CosackHR. § 123 VIII 2, Staub[8]-Pinner Anm. 66). — Inwieweit § 120 auch auf die Gesamtheit der Kommanditisten anwendbar ist, vgl. § 329 Anm. I.

12. **§ 121 HGB.** Höhe der Gewinn- und Verlustanteile. Der § 121 Abs. 1 und 2 anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. und die wie ein Gesellschafter (oben Anm. IIIa) zu behandelnde Gesamtheit der Kommanditisten (§ 168 Abs. 1, § 320 Abs. 2; vgl. § 329 Anm. I). Unter „Jahresgewinn" ist in § 121 dasselbe verstanden, wie in § 262 Nr. 1 unter „jährlicher Reingewinn" (§ 262 Anm. IIa 1). — Der § 121 Abs. 3 ist ersetzt durch § 168 Abs. 2.

13. **§ 122 HGB.** Verminderung des Kapitalanteils, Entnahmen. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. mit den Maßgaben in § 329.

c. **Rechtsverhältnis** (der offenen Handelsgesellschaft bzw.) **der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft zu Dritten.** Über die Anwendbarkeit auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. vgl. oben Anm. Vc 3, 5.

1. **§ 123 HGB.** Beginn der Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft im Verhältnis zu Dritten. Nicht anwendbar auf die KAG., weil unvereinbar mit § 200 Abs. 1 (oben Anm. Vc 3).

2. **§ 124 HGB.** Rechtsfähigkeit der Gesellschaft unter ihrer Firma. Der § 124 ist nicht als solcher anwendbar (oben Anm. Vc 3). An Stelle desselben ist anwendbar § 210 Abs. 1, welcher jedoch sachlich dasselbe wie § 124 bestimmt.

sind neben ihnen auch Aufsichtsrat (§ 247 Anm. I—IV, § 328 Anm. III, IV) und Generalversammlung (§ 250 Anm. IVc; vgl. § 327 Anm. III) in gewissem Umfang vertretungsberechtigt. — Der § 125 Abs. 4, welcher über die Anmeldung bestimmt, wird nicht berührt durch § 323 Abs. 4, der anordnet, in welchem Umfang das Angemeldete einzutragen ist. Gegen die Anwendung des § 125 Abs. 4, wonach sämtliche Gesellschafter anzumelden haben, zu Unrecht Pinner § 325 Anm. III 2. — Der § 126 Abs. 1 erleidet eine Abweichung dadurch, daß nach zur Anwendung kommenden aktienrechtlichen Vorschriften bestimmte Geschäfte vollständig verboten und bezüglich anderer Geschäfte die Wirksamkeit einer Erklärung der persönlich haftenden Gesellschafter an die Zustimmung einer anderen Gesellschaftsbehörde geknüpft ist (vgl. § 235 Anm. III a). — Bezüglich der näheren Art, wie sich die entsprechende Anwendung des § 127 gestaltet, vgl. das oben zu § 117 Gesagte.

4. **§ 128 HGB.** Haftung der Gesellschafter als Gesamtschuldner. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. (§ 320 Abs. 2, vgl. ROH. 24 167). — Kleine Abweichungen ergeben sich, wenn man annimmt, daß zwar bei der KAG., aber nicht bei der oHG. Gesamthaftung der Gesellschafter mit der Gesellschaft vorliegt (vgl. § 128 Anm. I, Staub[8]-Pinner Anm. 54, 55).
5. **§ 129 HGB.** Zulässige Einwendungen der Gesellschafter. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. (§ 320 Abs. 2). Ebenso die Vorschriften der KO. §§ 211, 212 über die Wirkung eines Zwangsvergleichs im Gesellschaftskonkurs und des gleichzeitigen Schwebens von Konkursen über das Gesellschaftsvermögen und über das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter (vgl. § 129 Anm. I a, II d).
6. **§ 130 HGB.** Haftung neu eintretender Gesellschafter. Anwendbar auf diejenigen, welche in eine KAG. als persönlich haftende Gesellschafter eintreten (§ 320 Abs. 2). Der Eintritt eines persönlich haftenden Gesellschafters in eine Aktiengesellschaft ist nur im Weg der Auflösung der AG. und Neugründung einer KAG. möglich (§ 292 Anm. I e 2).

d. **Auflösung der offenen Handelsgesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern derselben; Liquidation.** Über die Anwendbarkeit auf die KAG. vgl. oben Anm. Vc 12—14.

1. **§ 131 HGB.** Auflösungsgründe. Anwendbar (§§ 330 Abs. 1, 161 Abs. 2, 177) mit den Maßgaben in § 330 Abs. 2, 3. Bezüglich der einzelnen Auflösungsgründe (§ 131 Anm. I) ist folgendes hervorzuheben:
   - α. Zeitablauf (§ 131 Nr. 1). Die Wirkung der Auflösung durch Zeitablauf richtet sich nach Aktienrecht (§ 330 Anm. I a). Mithin (§ 292 Anm. I a 2) kann die Verlängerung der satzungsmäßigen Gesellschaftsdauer nur durch einen vor Auflösung gefaßten Satzungsänderungsbeschluß herbeigeführt werden, nicht aber — abweichend von dem Fall der Kommanditgesellschaft (§ 134, § 131 Anm. III) — durch stillschweigende Fortsetzung (unten Anm. VI d 4) oder durch Fortsetzungsbeschluß nach Auflösung (Staub[8]-Pinner § 330 Anm. 3). — Über zulässige Fortsetzungsbeschlüsse nach Auflösung aus anderen Gründen als wegen Zeitablaufs bestimmen § 141 Abs. 2 (unten Anm. VI d 11), § 307; über Fortsetzung nach Umwandlung vgl. § 333 Abs. 3.
   - β. Beschluß der Gesellschafter (§ 131 Nr. 2). Erforderlich sind übereinstimmende Erklärungen (vgl. § 327 Anm. III b) der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditistengesamtheit. Über die Frage, ob alle persönlich haftenden Gesellschafter zustimmen müssen, oder ob ein den Regeln des § 119 folgender Beschluß genügt, vgl. § 131 Anm. I b, § 320 Anm. VI b 10. Die Kommanditistengesamtheit wird durch die Generalversammlung vertreten; für deren Beschluß ist erschwerte Mehrheit vorgeschrieben (§ 330 Anm. I c). Über die Frage, ob der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung genügt, auch wenn die Satzung längere Dauer vorschreibt, vgl. § 292 Anm. I b 4.
   - γ. Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen (§ 131 Nr. 3). Vgl. § 124 Anm. *II d*, § 292 Anm. I c. Über den Sonderfall des Konkurses einer KAG. bestimmt KO. §§ 209, 212. Über die Verpflichtung der persönlich haftenden Gesell-

bisherigen Behörden der KAG. bestehen (§ 292 Anm. I c 3); mithin bleiben — in entsprechend beschränkter Weise wie bei der AG. der Vorstand — die vertretungsberechtigten unter den persönlich haftenden Gesellschaftern auch während des Konkurses Vertreter der Gesellschaft.

δ. Tod eines Gesellschafters, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrag sich ein Anderes ergibt (§ 131 Nr. 4). Dies findet Anwendung auf den Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters, nicht auch auf den Tod eines einzelnen Kommanditisten (oben Anm. V c 7). Ob bei Fortfall (vgl. § 292 Anm. I d) der Kommanditistengesamtheit notwendig Auflösung oder nur Umwandlung ohne Auflösung eintritt, vgl. § 330 Anm. III b, § 332 Anm. I. Da die Kommanditistengesamtheit der KAG. dem einzelnen Kommanditisten der KG. entspricht (oben Anm. III a), könnte in Frage kommen, ob auf ihren Fortfall § 177 Anwendung findet (§ 330 Abs. 1); dies ist indessen zu verneinen, da der in § 177 behandelte Fall des Todes insofern nicht dem Fortfall entspricht, als in jenem Fall die Persönlichkeit des gestorbenen Kommanditisten durch dessen Erben ersetzt wird, während hier die fortgefallene juristische Person ohne Ersatz der Persönlichkeit untergeht. Nicht aus § 177 (330 Abs. 1) ist auch etwas für die Frage abzuleiten, wie der Tod des einzelnen Kommanditisten wirkt (dagegen Staub[8]-Pinner § 330 Anm. 9); eine derartige Anwendung des § 330 Abs. 1 — wenngleich der Gesetzgeber sie wohl beabsichtigte — wäre nicht folgerichtig, da nicht der einzelne Kommanditist der KAG. dem Kommanditisten der KG. entspricht. — Über Bestimmungen der Satzung betreffs Nichtauflösung oder Ersetzung der Auflösung durch Ausscheiden vgl. §§ 138, 139, 141 (unten Anm. VI d 8, 9, 11).

ε. Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters (§ 131 Nr. 5). Kommt ein persönlich haftender Gesellschafter in Konkurs, vgl. § 131 Anm. I e. Kommt ein Kommanditist in Konkurs, vgl. § 330 Anm. I b. Über das Recht der übrigen Gesellschafter auf Fortsetzung der Gesellschaft oder des allein übrigen Gesellschafters auf Übernahme des Geschäfts vgl. §§ 138, 141 Abs. 2, 142 Abs. 2 (unten Anm. VI d 8, 11, 12).

ζ. Kündigung (§ 131 Nr. 6). Die Kündigung hat seitens des Kündigenden gegenüber allen übrigen Gesellschaftern zu erfolgen (§ 132 Anm. II), wobei die Kommanditistengesamtheit als ein Gesellschafter gilt (oben Anm. III a). Bei Entgegennahme oder Bewirkung (§ 330 Anm. I c) der Kündigung wird die Kommanditistengesamtheit durch den Aufsichtsrat vertreten. Dem Aufsichtsrat ist erklärt, wenn eine für „den Aufsichtsrat" bestimmte Erklärung gegenüber mindestens einem Mitglied desselben abgegeben ist (BGB. § 28 Abs. 2, vgl. oben Anm. V c 9 β, HGB. § 236 Anm. IV; zust. Ring § 330 Nr. 7, Goldmann § 330 Nr. 7; abweichend Staub[8]-Pinner § 330 Anm. 11, welcher ein amtliches Zugehen an eine beschlußfähige Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern oder an den Vorsitzenden des Aufsichtsrats verlangt). Über Kündigung durch die Kommanditistengesamtheit vgl. § 330 Anm. I c. Über Kündigung durch Privatgläubiger vgl. zu §§ 135, 141, 142 Abs. 2 (unten Anm. VI d 5, 11, 12).

η. Gerichtliche Entscheidung aus wichtigem Grund (§ 131 Nr. 6). Vgl. § 133 (unten Anm. VI d 3), § 330 Anm. I c.

ϑ. Ausscheiden des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters oder der Kommanditistengesamtheit. Vgl. § 330 Anm. II b, III b. Kein Ausscheiden der Kommanditistengesamtheit liegt in der Vereinigung aller Kommandit-Anteilrechte in einer Hand (§ 292 Anm. I d). Ob der Erwerb aller Kommandit-Anteilrechte durch persönlich haftende Gesellschafter einen Auflösungsgrund bildet, vgl. oben Anm. I b.

ι. Umwandlung in andere Gesellschaftsform. Dies ist Auflösungsgrund nur in bestimmten Fällen (§ 332 Anm. I, § 330 Anm. III b, vgl. § 292 Anm. I e).

κ. Entscheidung der Verwaltungsbehörde oder des Verwaltungsgerichts wegen Gefährdung des Gemeinwohls. Vgl. § 292 Anm. I f.

2. § 132 HGB. Kündigungsfrist. Anwendbar auf die Kündigung seitens eines per-

sönlich haftenden Gesellschafters oder seitens der Kommanditistengesamtheit (§ 320 Abs. 2, § 330 Abs. 1).

3. **§ 133 HGB.** Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund. Anwendbar (§ 330 Abs. 1) auf die Stellung des Antrags seitens eines persönlich haftenden Gesellschafters und, mit der Maßgabe in § 330 Abs. 3, auch auf die Stellung des Antrags seitens der Kommanditistengesamtheit. Vgl. § 330 Anm. Ic.

4. **§ 134 HGB.** Lebenslängliche oder nach Zeitablauf fortgesetzte Gesellschaft. Anwendbar, soweit es sich um eine für die Lebenszeit eines persönlich haftenden Gesellschafters der KAG. eingegangene Gesellschaft handelt. Eine stillschweigende Fortsetzung der KAG. nach Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit und ihrer hierdurch erfolgten Auflösung (§ 131 Nr. 1, § 330 Abs. 1) ist dagegen nicht zulässig, da § 330 eine hierauf bezügliche Ausnahmebestimmung nicht enthält, mithin die Vorschriften über die Aktiengesellschaft anwendbar sind (§ 320 Abs. 3), eine stillschweigende Fortführung des Betriebs nach Ablauf der Zeit aber bei der AG. nicht die erfolgte Auflösung ungeschehen machen kann (§ 292 Anm. Ia).

5. **§ 135 HGB.** Kündigung durch Privatgläubiger. Anwendbar auf die Kündigung seitens des Privatgläubigers eines persönlich haftenden Gesellschafters der KAG. (§ 330 Abs. 1). Die Kündigung ist gegenüber den übrigen persönlich haftenden Gesellschaftern und dem Aufsichtsrat zu erklären (oben Anm. VId 1 ζ, § 135 Anm. IV). Eine Kündigung durch Gläubiger eines Kommanditisten ist unzulässig (§ 330 Abs. 2). Vgl. § 330 Anm. Ib.

6. **§ 136 HGB.** Geschäftsführung nach Auflösung. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. (§ 320 Abs. 2).

7. **§ 137 HGB.** Vorläufige Fortführung bei Tod oder Konkurs eines Gesellschafters. Anwendbar (§ 320 Abs. 2).

8. **§ 138 HGB.** Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern gemäß Gesellschaftsvertrag. Anwendbar auf die KAG. (§ 330 Anm. IIa 2), wenn einer von mehreren (§ 330 Anm. IIb) persönlich haftenden Gesellschaftern kündigt oder stirbt oder über dessen Vermögen Konkurs eröffnet wird. Nicht anwendbar, wenn die Kommanditistengesamtheit kündigt (§ 330 Anm. IIIb).

9. **§ 139 HGB.** Fortsetzung mit den Erben. Der § 139 ist auf die Erben eines persönlich haftenden Gesellschafters der KAG. anwendbar (§ 330 Abs. 1). Jedoch nur mit einigen Maßgaben. Der Erbe kann nicht die in § 139 Abs. 1 ihm zugestandene Stellung als „Kommanditist einer gewöhnlichen Kommanditgesellschaft" beanspruchen, da eine solche Stellung mit dem Gefüge der KAG. unvereinbar ist. Der § 139 Abs. 1 wird aber entsprechend dahin anzuwenden sein, daß der Erbe die Stellung als Kommanditist der Kommanditaktiengesellschaft fordern kann (ebenso Pinner § 330 Anm. II 6a, Staub[8]-Pinner § 330 Anm. 9, Ring § 330 Nr. 5; dagegen Staub[7] § 330 Anm. 9, der ihm das Wahlrecht gibt, die Stellung als persönlich haftender Gesellschafter oder die Auflösung der KAG. zu verlangen; gegen Staub[7] unsere 12. Aufl.). Sein Eintreten ist dann allerdings nur im Weg der Erhöhung des Grundkapitals möglich. Als Einlage des Erblassers ist ihm hierbei nur das nicht auf das Grundkapital Eingelegte anzurechnen. Soll ihm der bisherige Gewinnanteil belassen werden, so muß ferner für ihn eine besondere Gattung von Anteilrechten geschaffen werden. Der § 139 Abs. 2 ist dahin für anwendbar zu erachten, daß falls der mit vorstehenden Maßgaben gemäß § 139 Abs. 1 gestellte Antrag des Erben nicht angenommen wird, er befugt ist, sein Ausscheiden aus der KAG. zu erklären (Staub[8]-Pinner, Ring aaO.; anders unsere 12. Aufl.). Zwar läßt § 330 Abs. 4 ein Ausscheiden nur zu, wenn es in der Satzung für zulässig erklärt ist, während § 139 umgekehrt voraussetzt, daß in der Satzung das Nichtausscheiden der Erben in Aussicht genommen ist. Da aber auch bei der oHG. trotz jener Bestimmung des Gesellschaftsvertrags ein Ausscheiden des Erben im Fall des § 139 Abs. 2 zulässig ist, wird Ent-

als Kommanditist der KAG. zu verlangen oder auszuscheiden, kann der Erbe persönlich haftender Gesellschafter bleiben (§ 139 Anm. IV a), und zwar wohl ohne Satzungsänderung (§ 322 Anm. I). Hatte der Erblasser keine oder eine unter 1000 Mk. bleibende Einlage versprochen, so hat der Erbe nicht das Recht, seine Aufnahme als Kommanditist zu verlangen, sondern nur das Recht, auszuscheiden (Staub[8]-Pinner § 330 Anm. 9). War die Einlage des Erblassers keine bare, so sind die Vorschriften über Nichtbareinlage bei Erhöhung des Grundkapitals zu beachten. War die versprochene bare Einlage noch nicht zu einem Viertel geleistet, so muß der Erbe vor Anmeldung der Erhöhung sie bis zu einem Viertel ergänzen.

10. **§ 140 HGB.** Ausschließung eines Gesellschafters. (Voraussetzung ist, daß mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind; andernfalls § 142). Anwendbar auf die Ausschließung von persönlich haftenden Gesellschaftern der KAG. (§ 320 Abs. 2; vgl. ROH. 18 396) mit der Maßgabe, daß der in § 140 angeführte § 133 nur so anzuwenden ist, wie er bei der KAG. überhaupt zur Anwendung kommt (oben Anm. VI d 3), daß mithin der Antrag nur gemäß der Vorschrift des § 330 Abs. 3 gestellt werden kann (§ 330 Anm. I c). Eine Ausschließung der Kommanditistengesamtheit ohne Auflösung der KAG. ist unzulässig (§ 330 Anm. III b, Staub[8]-Pinner § 330 Anm. 28).

11. **§ 141 HGB.** Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern nach Kündigung durch Privatgläubiger oder bei Konkurs eines Gesellschafters. Anwendbar (§ 330 Abs. 1; dagegen Staub[8]-Pinner § 330 Anm. 33) mit der Maßgabe (§ 330 Abs. 4; zust. Ring § 330 Nr. 6; abweichend Pinner § 330 Anm. II 6 c, d), daß die in § 141 vorgesehenen Erklärungen nur insoweit wirksam sind, wie in der Satzung das Ausscheiden von persönlich haftenden Gesellschaftern für zulässig erklärt ist. Der von den übrigen Gesellschaftern zu fassende Beschluß enthält in diesem Fall nicht (was Staub-Pinner aaO. annimmt) eine Satzungsänderung; für Erklärung des Einverständnisses der Kommanditistengesamtheit genügt mithin ein Generalversammlungsbeschluß (vgl. auch § 330 Anm. I c) mit einfacher Stimmenmehrheit. Soweit der Fall der Konkurseröffnung in Betracht kommt, besteht der Unterschied in den Voraussetzungen des § 138 vom § 141 (330 Abs. 4) nur darin, daß § 138 zur Anwendung kommt, wenn die Satzung bestimmt, daß Folge der Konkurseröffnung das Ausscheiden sei, § 141 dagegen, wenn die Satzung bestimmt, Folge der Konkurseröffnung sei das Recht der übrigen Gesellschafter, durch besonderen Beschluß an die Stelle der Auflösung das Ausscheiden zu setzen.

12. **§ 142 HGB.** Gesellschaft von zwei Gesellschaftern. Anwendbar auf eine KAG. (§ 320 Abs. 2). Liegen gegen den einzigen persönlich haftenden Gesellschafter (vgl. § 161 Anm. II b 30) Ausschließungsgründe vor, fällt er in Konkurs, oder kündigt sein Privatgläubiger, so ist § 142 in der Weise anzuwenden (dagegen Ring § 330 Nr. 11), daß gemäß §§ 332 ff. zu verfahren ist, wobei die Zustimmung des persönlich haftenden Gesellschafters in die Umwandlung der KAG. in eine AG. durch einen gemäß § 142 zu erlassenden Gerichtsbeschluß ersetzt wird. — Auf den umgekehrten Fall, daß der einzige persönlich haftende Gesellschafter unter Ausscheidung der Kommanditistengesamtheit das Geschäft übernehmen will, ist § 142 nicht anwendbar, da ein Ausscheiden der Kommanditistengesamtheit ohne Liquidation des Gesellschaftsvermögens unzulässig ist (§ 330 Anm. III b).

13. **§ 143 HGB.** Anmeldung von Auflösung und Ausscheiden. Der § 143 Abs. 1 und 2 ist ersetzt durch § 330 Abs. 5 Satz 1 (vgl. jedoch § 330 Anm. IV). Der § 143 Abs. 3 ist anwendbar (§ 330 Abs. 5 Satz 2).

14. **§ 144 HGB.** Fortsetzung nach Konkursaufhebung oder -einstellung. Nicht anwendbar; anwendbar ist der entsprechende § 307 (§ 320 Abs. 3). Mithin brauchen die persönlich haftenden Gesellschafter nicht sämtlich, sondern nur in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§ 307 Abs. 3, § 325 Anm. V) anzumelden.

15. **§ 145 HGB.** Notwendigkeit der Liquidation. Nicht anwendbar; ersetzt durch § 294 Abs. 1 (oben Anm. V c 3, S. 180).

16. **§§ 146, 147 HGB.** Liquidatoren, Ernennung und Abberufung. Nicht anwendbar (§ 320 Abs. 3); ersetzt durch § 295 mit der Maßgabe in § 331; doch ist § 146

in denen der Anmeldung durch die persönlich haftenden Gesellschafter in vertretungsberechtigter Zusammensetzung besondere Hindernisse durch das etwa erforderliche Mitwirken von Erben erwachsen.

18. **§§ 149—154 HGB.** Geschäftsführung und Vertretungsmacht der Liquidatoren. Nur insoweit anwendbar, als in § 298 darauf verwiesen; im übrigen nicht anwendbar.

19. **§ 155 HGB.** Verteilung. Grundsätzlich anwendbar (§ 320 Abs. 2); über die Maßgaben, welche aus dem Eingreifen aktienrechtlicher Vorschriften sich ergeben, vgl. oben Anm. V c 14.

20. **§ 156 HGB.** Rechtsverhältnis nach innen und außen während Liquidation. Anwendbar (§ 320 Abs. 2) in demselben Umfang, in welchem vor Eintritt der Liquidation die Vorschriften über die oHG. maßgebend sind. Im übrigen vgl. § 294 Abs. 2.

21. **§ 157 HGB.** Anmeldung des Erlöschens der Firma, Aufbewahrung der Bücher und Papiere. Der § 157 Abs. 1 nicht anwendbar (§ 320 Abs. 3); ersetzt durch § 302 Abs. 1. Der § 157 Abs. 2 dagegen ist wohl anwendbar, nicht der entsprechende § 302 Abs. 2 (dagegen Staub[8]-Pinner § 330 Anm. 20, Ring § 331 Nr. 7), da Rechte der persönlich haftenden Gesellschafter in Frage kommen (§ 320 Abs. 2). Der § 157 Abs. 3 ist aus gleichem Grund anwendbar; neben ihm der § 302 Abs. 3.

22. **§ 158 HGB.** Andere Art der Auseinandersetzung. Nicht anwendbar (oben zu 15).

e. **Verjährung.** Über die Anwendbarkeit auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. vgl. oben Anm. V c 5, 16.

1. **§ 159 HGB.** Verjährungsfrist; Beginn der Verjährung. Anwendbar bei Ansprüchen gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. (§ 320 Abs. 2, D. 181).

2. **§ 160 HGB.** Unterbrechung. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. (§ 320 Abs. 2).

f. **Kommanditgesellschaft.** Über die Anwendbarkeit der Vorschriften über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander (§§ 163—169) vgl. oben Anm. V c 4—8; über die Anwendbarkeit der Vorschriften über das Rechtsverhältnis der Kommanditisten zu Dritten (§§ 170—176) vgl. oben Anm. V c 8.

1. **§ 161 HGB.** Begriff der Kommanditgesellschaft (Abs. 1); Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft als Grundlage (Abs. 2). Der § 161 Abs. 1 nicht anwendbar. Der § 161 Abs. 2 anwendbar für die in § 320 Abs. 2 bezeichneten Rechtsverhältnisse, soweit auch in Buch II Abschnitt 4 nicht ein Anderes vorgeschrieben ist. Darüber, inwieweit hiernach die Vorschriften über die oHG. auf die KAG. Anwendung finden, vgl. vorstehend zu a—e.

2. **§ 162 HGB.** Anmeldung der Gesellschaft, Bekanntmachung. Nicht anwendbar, ersetzt durch §§ 195 ff.

3. **§ 163 HGB.** Verhältnis der Satzung zum Gesetz in Ansehung des Verhältnisses der Gesellschafter untereinander. Anwendbar auf das Verhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. untereinander und gegenüber der Gesamtheit der Kommanditisten (§ 320 Abs. 2), soweit in den §§ 164—169 Bestimmungen, welche die persönlich haftenden Gesellschafter betreffen, enthalten sind und §§ 320—334 nicht entgegenstehen. Nicht anwendbar auf das Verhältnis der Kommanditisten der KAG. untereinander, da für diese vielmehr die Vorschriften über Aktionäre zur entsprechenden Anwendung kommen (oben Anm. V c 8).

4. **§ 164 HGB.** Geschäftsführung, Prokura. Der § 164 Satz 1 entsprechend anwendbar auf das Verhältnis der Kommandi[illegible] [illegible]mtheit zu den persönlich haftenden

Gesellschaftern der KAG. (§ 320 Abs. 2), nicht jedoch auf das Verhältnis einzelner Kommanditisten zu den persönlich haftenden Gesellschaftern (oben Anm. III a). Das Widerspruchsrecht ist auszuüben durch die Generalversammlung (Pinner § 327 Anm. V) oder in Ausführung eines Generalversammlungsbeschlusses durch den Aufsichtsrat (Staub⁸-Pinner Anm. 83). — Ob der nach § 164 Satz 2 für die KG. unberührt bleibende § 116 Abs. 3 auch für die KAG. unberührt bleibt, vgl. oben zu § 116 Abs. 3.

5. **§ 165 HGB.** Sondergeschäfte der Kommanditisten. Förmlich nicht anwendbar (§ 320 Abs. 3); sachlich aber zutreffend, da das Gleiche ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung auch für die Aktionäre der AG. gilt, die für diese geltenden Bestimmungen aber auf die Kommanditisten der KAG. Anwendung finden.
6. **§ 166 HGB.** Mitteilung der Bilanz, Einsicht in Bücher und Papiere, Aufklärungen. Nicht anwendbar dahin, daß einzelnen Kommanditisten der KAG. die in § 166 bestimmten Rechte zustehen (§ 320 Abs. 3), dagegen entsprechend dahin anwendbar, daß die in § 166 bestimmten Rechte der Kommanditistengesamtheit zustehen (oben Anm. III a), mithin im Weg von Beschlüssen der Generalversammlung der Kommanditisten ausgeübt werden können (§ 320 Abs. 2). Soweit nach § 166 Mitteilung der Bilanz gefordert werden kann, ist allerdings § 166 gegenstandslos, da §§ 260, 263 ff. (325 Nr. 3) weitergehende Rechte einräumen (ebenso Staub⁸-Pinner Anm. 101). Bei der zu gewährenden Einsicht, der Entgegennahme von Mitteilungen, Aufklärungen, Vorlegungen und bei der Prüfung wird dann die Kommanditistengesamtheit durch den Aufsichtsrat vertreten (§ 328 Abs. 1). Daneben besteht das selbständige Überwachungsrecht des Aufsichtsrats aus § 246 (§ 328 Anm. III). — Abweichend nehmen Staub⁸-Pinner Anm. 52 und Ring Nr. 6 an, daß § 166 in vollem Umfang durch die aktienrechtlichen Überwachungsvorschriften ersetzt ist.
7. **§ 167 HGB.** Gewinn- und Verlustanteile, begrenzte Zuschreibung des Gewinns, Begrenzung des Verlusts der Kommanditisten. Anwendbar (§ 320 Abs. 2) für die Berechnung des „Kapitalanteils" und — soweit hieraus abzuleiten — der Gewinn- oder Verlustanteile der Kommanditistengesamtheit (oben Anm. III) im inneren Verhältnis zu den persönlich haftenden Gesellschaftern der KAG. (vgl. oben Anm. VI b 11, § 329 Anm. I).
8. **§ 168 HGB.** Gewinn- und Verlustanteile. Anwendbar (§ 320 Abs. 2) auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. und die wie ein Gesellschafter (oben Anm. III a) zu behandelnde Gesamtheit der Kommanditisten (vgl. § 329 Anm. I).
9. **§ 169 HGB.** Gewinnauszahlung an Kommanditisten; Verbot der Minderung des Kapitalanteils von Kommanditisten. Nicht anwendbar; die aktienrechtlichen Vorschriften sind maßgebend (oben Anm. V c 8).
10. **§§ 170—176 HGB.** Rechtsverhältnis der Kommanditisten zu Dritten. Nicht anwendbar auf die Kommanditisten der KAG.; vielmehr ersetzt durch die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Aktionäre (§ 320 Abs. 3).
11. **§ 177 HGB.** Tod des Kommanditisten. Ob und in welcher Weise anwendbar, vgl. oben Anm. VI d 1 δ.

g. **Allgemeine Vorschriften über die Aktiengesellschaft.** Über Errichtung und Entstehung der KAG. vgl. oben Anm. V c 1, über die allgemeinen die „Aktien" der Kommanditisten betreffenden Vorschriften vgl. oben Anm. V c 2.

1. **§ 178 HGB.** Begriff der Aktiengesellschaft. Nicht anwendbar.
2. **§ 179 HGB.** Mitgliedscheine; Unteilbarkeit; Ausgabe vor Vollzahlung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
3. **§ 180 HGB.** Mindestnennbetrag. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
4. **§ 181 HGB.** Unterzeichnung der Mitgliedscheine. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
5. **§ 182 HGB.** Satzung. Der § 182 Abs. 1 nicht anwendbar, sondern ersetzt durch § 32[illegible]

7. **§ 184 HGB.** *Ausgabebetrag.* Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
8. **§ 185 HGB.** *Aktiengattungen.* Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
9. **§ 186 HGB.** *Sondervorteile, Nichtbareinlagen, Übernahmen, Gründungsaufwand.* Anwendbar (§ 320 Abs. 3). Vgl. die zusätzliche Bestimmung in § 322 Abs. 3.
10. **§ 187 HGB.** *Gründer.* Nicht anwendbar, sondern ersetzt durch § 321 Abs. 2.
11. **§ 188 HGB.** *Gleichgründung.* Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
12. **§ 189 HGB.** *Stufengründung, Zeichnung.* Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe in § 323 Abs. 1.
13. **§ 190 HGB.** *Erster Aufsichtsrat und Vorstand.* Der § 190 Abs. 1 und 2 anwendbar (§ 320 Abs. 3). Staub[8]-Pinner § 320 Anm. 29 nimmt an, daß im Fall des § 190 Abs. 1 nur *diejenigen* Gründer, welche nicht persönlich haftende Gesellschafter sind, bei der Bestellung des Aufsichtsrats mitzuwirken haben. Dem ist jedoch nicht beizustimmen (zust. Ring Nr. 4). Zwar würde für jene Ansicht sprechen, daß auch auf die bei Gleichgründung den Aufsichtsrat wählende Gründerversammlung die Vorschriften über spätere Generalversammlungen entsprechend anzuwenden sind (§ 197 Anm. I). Indessen würde aus der Anwendung auch des § 327 Abs. 1 auf diese Gründerversammlung die Unmöglichkeit sich ergeben (§ 195 Abs. 2 Nr. 4, § 243 Anm. I), daß wenn nur *bar*-einlegende Kommanditisten vorhanden sind, auf Grund einer Feststellung der Satzung, bei welcher *nur* (mindestens fünf) persönlich haftende Gesellschafter mitwirken (was auch Staub[8]-Pinner § 321 Anm. 2 für zulässig hält; vgl. auch unten § 321 Anm. III), die Eintragung der Gesellschaft erfolgt. (Über die Wahl eines *späteren* Aufsichtsrats vgl. § 327 Anm. IIIa 1). — Der § 190 Abs. 3 nicht anwendbar (§ 320 Anm. Vb 2).
14. **§ 191 HGB.** *Gründererklärung.* Anwendbar (§ 320 Abs. 3). Der § 191 greift, wie aus der in ihm enthaltenen Bezugnahme auf § 186 Abs. 2 hervorgeht, bei Nichtbareinlagen von Grundkapitalanteil-Übernehmern und Überlassungsverträgen mit beliebigen Personen (persönlich haftenden Gesellschaftern, Kommanditisten oder Dritten) Platz. Für Nichtbareinlagen der persönlich haftenden Gesellschafter als *solcher* kommt nicht § 186 Abs. 2 und infolgedessen auch nicht § 191, vielmehr lediglich § 322 Abs. 2 zur Anwendung.
15. **§ 192 HGB.** *Prüfung des Gründungshergangs.* Der § 192 Abs. 1 anwendbar mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstands die persönlich haftenden Gesellschafter treten. Dies sollte wohl nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß der § 192 nicht zu den in § 325 erwähnten Vorschriften gehört (oben Anm. Vb 2); allerdings lag nach *früherem Recht nur* dem Aufsichtsrat Prüfung und Bericht ob (ADH. Art. 175e). Der § 192 Abs. 2 ist mit der *gleichen* Maßgabe anwendbar. Infolgedessen muß *stets* eine Prüfung durch besondere Revisoren stattfinden (Staub[8]-Pinner Anm. 32, Pinner § 321 Anm. III, Ring Nr. 4; vgl. auch D. 174), weil die persönlich haftenden Gesellschafter stets Gründer sind (§ 321 Abs. 2). — Der § 192 Abs. 3 anwendbar.
16. **§ 193 HGB.** *Umfang der Prüfung, Prüfungsbericht.* Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß die Prüfung auch auf die Richtigkeit und Vollständigkeit derjenigen Angaben zu erstrecken ist, die in Ansehung der in § 322 Abs. 3 vorgesehenen Festsetzungen von den Gründern gemacht sind (vgl. auch § 193 Anm. IIb 3).
17. **§ 194 HGB.** *Meinungsverschiedenheiten, Auslagen, Vergütung.* Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
18. **§ 195 HGB.** *Anmeldung der Gesellschaft.* Der § 195 Abs. 1 ist anwendbar (§ 320 Abs. 3); an die Stelle der dort erwähnten Mitglieder des Vorstands treten die persönlich haftenden Gesellschafter (§ 325 Nr. 1); doch sind diese stets zugleich auch Gründer (§ 321). — Der § 195 Abs. 2 ist anwendbar (§ 320 Abs. 3); die Nr. 2 jedoch mit der Maßgabe, daß auch die Verträge, welche einer etwaigen Festsetzung gemäß § 322 Abs. 3

§ 325 Nr. 1, der jedoch hierüber wohl nicht bestimmt); vielmehr kommt wohl § 108 Abs. 2 zur Anwendung. Bei persönlich haftenden Gesellschaftern kann — anders als beim Vorstand (§ 232 Anm. IV) — einem einzelnen alle Vertretungsmacht genommen werden. — Der § 195 Abs. 5 ist anwendbar (§ 320 Abs. 3).

19. **§ 196 HGB.** Errichtungsversammlung. Vgl. § 323 Anm. III. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe in § 323 Abs. 3 und mit der ferneren Maßgabe, daß bei Anwendung des § 196 Abs. 3 Satz 1 die persönlich haftenden Gesellschafter an die Stelle des Vorstands treten (vgl. oben Anm. V b 2, VI g 15). Auch greift wohl § 327 Abs. 2, 4 ein. Über die Fragen, ob § 196 Abs. 3 Satz 2 auf die persönlich haftenden Gesellschafter anwendbar und ob § 196 Abs. 4 Satz 2 anwendbar, vgl. § 323 Anm. III b, c.

20. **§ 197 HGB.** Generalversammlungen vor Eintragung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).

21. **§ 198 HGB.** Eintragung der Gesellschaft. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe in § 323 Abs. 4.

22. **§ 199 HGB.** Bekanntmachung der Eintragung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß auch eine etwaige Festsetzung gemäß § 322 Abs. 3 in die Veröffentlichung aufzunehmen ist, und daß in § 199 Abs. 3 Satz 1 an die Stelle des Vorstands die persönlich haftenden Gesellschafter treten (oben zu 15).

23. **§ 200 HGB.** Rechtsverhältnis vor Eintragung. Der § 200 Abs. 1 anwendbar (§ 320 Abs. 3); für eine Anwendung der §§ 123, 176 Abs. 1 ist daneben kein Raum (oben Anm. V c 3). — Der § 200 Abs. 2 anwendbar (§ 320 Abs. 3).

24. **§ 201 HGB.** Zweigniederlassung: Anmeldung, Bekanntmachung, Eintragung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3), jedoch § 201 Abs. 1 mit der Maßgabe in § 325 Nr. 1, der § 201 Abs. 3 mit der Maßgabe in § 323 Abs. 4, und § 201 Abs. 4, 5 mit der zu § 199 (vorstehend zu 22) vermerkten Maßgabe.

25. **§ 202 HGB.** Haftung der Gründer und Mitwirkender. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß auch Angaben über die zu gunsten eines persönlich haftenden Gesellschafters bedungenen besonderen Vorteile (§ 322 Abs. 3) in Betracht kommen (vgl. vorstehend zu 16). Für den Begriff der Gründer ist maßgebend § 321 Abs. 2.

26. **§ 203 HGB.** Haftung der Ankündiger. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß auch im Fall der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit von Angaben über die zu gunsten eines persönlich haftenden Gesellschafters bedungenen besonderen Vorteile (§ 322 Abs. 3) eine Haftung gemäß § 203 eintritt.

27. **§ 204 HGB.** Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstands die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. treten (oben zu 15; ebenso Staub[6]-Pinner Anm. 42, Ring Nr. 4).

28. **§ 205 HGB.** Vergleiche, Verzichte bei Ansprüchen aus Gründung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe in § 327 Abs. 2.

29. **§ 206 HGB.** Verjährung der Ansprüche aus Gründung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).

30. **§ 207 HGB.** Nachgründung. Anwendbar mit den aus §§ 324, 325 Abs. 1, 327 Abs. 1, 2, 4 sich ergebenden Abweichungen.

31. **§ 208 HGB.** Vor Eintragung vereinbarte Nachgründung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3). Für den Begriff der Gründer ist maßgebend § 321 Abs. 2.

32. **§ 209 HGB.** Nichtige Mitgliedscheine. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).

h. **Rechtsverhältnis der Aktiengesellschaft und der Aktionäre.** Über die Anwendbarkeit der hierauf bezüglichen Vorschriften auf die KAG. und die Kommanditisten der KAG. vgl. oben Anm. V c 3, 6—8.

1. **§ 210 HGB.** Rechtsfähigkeit der Aktiengesellschaft; Handelsgesellschaft: Anwendbar (§ 320 Abs. 3; vgl. § 320 Anm. II). Weder der Kommanditist noch der

Staub[8]-Pinner Anm. 8, Pinner Anm. III) und diejenigen persönlich haftenden Gesellschafter, welche nicht vertretungsberechtigt sind (§ 124 Anm. IIc 4; ebenso Staub[7] Anm. 8 Fußnote 1; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 8 gemäß reichsgerichtlicher Rechtsprechung bei der oHG.) als Zeugen vernommen werden.

2. **§ 211 HGB.** Kapitaleinlagen. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
3. **§ 212 HGB.** Wiederkehrende Leistungen des Aktionärs. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
4. **§ 213 HGB.** Vermögensrechte des Aktionärs. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß auch den persönlich haftenden Gesellschaftern der KAG. in der Regel ein Gewinnanteil zusteht (§ 329 Anm. I, II).
5. **§ 214 HGB.** Höhe der Gewinnanteile der Aktionäre. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
6. **§ 215 HGB.** Verteilung des Reingewinns, Zinsen. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
7. **§ 216 HGB.** Vergütung für wiederkehrende Leistungen. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
8. **§ 217 HGB.** Gesetzwidrige Zahlungen der Gesellschaft an Aktionäre. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
9. **§ 218 HGB.** Verzögerte Einzahlungen. Anwendbar bei Verzögerung der Einzahlungen durch Kommanditisten (§ 320 Abs. 3). Die Einforderung (vgl. § 218 Anm. IIb) ist — mangels anderweiter Satzungsbestimmung — nur zulässig auf grund übereinstimmender Beschlüsse der persönlich haftenden Gesellschafter und der Generalversammlung (§ 116 Abs. 2, § 320 Anm. VIb 7); dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 62, Ring Nr. 5, welche die Bestimmung über Einforderung den geschäftsführenden persönlich haftenden Gesellschaftern allein zuweisen. Anders bei Einforderung während Konkurses oder Liquidation; vgl. § 292 Anm. Ic 2, § 294 Anm. IIb 9.
10. **§ 219 HGB.** Verlustigerklärung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
11. **§ 220 HGB.** Rückgriff gegen Rechtsvorgänger; Verkauf des Anteilrechts. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
12. **§ 221 HGB.** Erlaß, Aufrechnung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
13. **§ 222 HGB.** Namenaktien, Eintragung ins Aktienbuch, Übertragung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3). Auch wenn man annimmt, daß im Fall des § 222 Abs. 4 eine Zustimmungserklärung des Vorstands nicht erforderlich ist (§ 250 Anm. IVc 2), muß bei der KAG. auch eine Erklärung der vertretungsberechtigten persönlich haftenden Gesellschafter hinzukommen (§ 327 Abs. 2, § 161 Anm. IIa, § 105 Anm. If 3; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 63, Ring Nr. 5).
14. **§ 223 HGB.** Aktienbuch; Anmeldung des Übergangs, Bewirkung der Eintragung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
15. **§ 224 HGB.** Interimsscheine, Eintragung ins Aktienbuch, Übergang. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
16. **§ 225 HGB.** Mitberechtigung am Anteilrecht. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
17. **§ 226 HGB.** Erwerb oder Pfandnahme eigner Anteilrechte. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
18. **§ 227 HGB.** Einziehung von Anteilrechten. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
19. **§ 228 HGB.** Kraftloserklärung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
20. **§ 229 HGB.** Umtausch wegen Beschädigung oder Verunstaltung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
21. **§ 230 HGB.** Ausgabe neuer Gewinnanteilscheine. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).

i. **Verfassung und Geschäftsführung.** Über die Anwendbarkeit auf die KAG. vgl. oben Anm. Vc 9, 10.

2. § 232 HGB. Gesamtvertretung. Nicht anwendbar (§ 320 Abs. 2); ersetzt bezüglich der persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. durch § 125.
3. § 233 HGB. Zeichnung. Nicht anwendbar (§ 320 Abs. 2; vgl. § 125 Anm. IIb, IIId).
4. § 234 HGB. Anmeldung von Änderungen des Vorstands oder der Vertretungsbefugnis eines Vorstandsmitglieds. Trotz § 325 Nr. 1 wird wohl anzunehmen sein, daß § 234 Abs. 1, 2 wegen des unmittelbaren Zusammenhangs mit den nicht anwendbaren Vorschriften über die Vertretungsbefugnis des Vorstands nicht anwendbar sind auf Änderungen der persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. oder ihrer Vertretungsbefugnis, daß vielmehr statt dessen die Vorschriften der §§ 107, 108 Abs. 1, 125 Abs. 4 (§ 160 Abs. 2), 277 Abs. 1 (vgl. § 322 Anm. I) in Betracht kommen. — Der § 234 Abs. 3 nicht anwendbar; statt dessen § 108 Abs. 2 (§ 160 Abs. 2).
5. § 235 HGB. Beschränkung der Vertretungsbefugnis. Nicht anwendbar (§ 320 Abs. 2). Doch folgt aus §§ 109 (161 Abs. 2), 163, daß jeder persönlich haftende Gesellschafter sowohl gegenüber der Gesellschaft (§ 320 Anm. Vc 4), wie gegenüber der Kommanditistengesamtheit, wie endlich auch gegenüber den anderen persönlich haftenden Gesellschaftern verpflichtet ist, diejenigen Beschränkungen seiner Vertretungsbefugnis einzuhalten, welche in der Satzung oder in einem innerhalb einer Satzungs-Ermächtigung ergangenen Generalversammlungsbeschluß enthalten sind. Statt des § 235 Abs. 2 kommt § 126 Abs. 2, 3 (§ 161 Abs. 2) zur Anwendung.
6. § 236 HGB. Verbot von Sondergeschäften. Nicht anwendbar; ersetzt durch § 326.
7. § 237 HGB. Gewinnanteil. Nicht anwendbar auf den Gewinnanteil der persönlich haftenden Gesellschafter (§ 329 Anm. Ia).
8. § 238 HGB. Bestellung eines Prokuristen. Entsprechende Anwendbarkeit auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. zweifelhaft, aber wohl zu bejahen (oben zu § 116 Abs. 3).
9. § 239 HGB. Buchführung. Förmlich wohl nicht anwendbar (vgl. jedoch oben Anm. Vb 2; a. M. Staub[8]-Pinner Anm. 87); sachlich gilt indes auch bezüglich der persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. die Pflicht, für die erforderliche Buchführung zu sorgen (§ 320 Abs. 2, § 114 Anm. I).
10. § 240 HGB. Verlust in Höhe des halben Grundkapitals; Zahlungsunfähigkeit; Überschuldung. Der § 240 Abs. 1 ist wohl mit der Maßgabe, daß die persönlich haftenden Gesellschafter an die Stelle des Vorstands treten, als entsprechend auf den Fall anwendbar zu erachten, daß sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ein auf die Kommanditistengesamtheit entfallender Verlustanteil (nicht Jahresverlustanteil) ergibt, der die Hälfte des Grundkapitals erreicht (ebenso Rosse § 325 Anm. 1, Ring Nr. 6). Die Anwendbarkeit des § 240 Abs. 1 folgt allerdings wohl nicht aus § 325 Nr. 2 oder 8, sondern lediglich aus § 320 Abs. 3 (vgl. oben Anm. Vb 2). — Der § 240 Abs. 2 anwendbar (§ 320 Abs. 3), auch im Fall der Überschuldung (D. 177, KO. § 209 Abs. 1 Satz 2), mit der Maßgabe, daß die persönlich haftenden Gesellschafter an die Stelle des Vorstands treten (§ 325 Nr. 8).
11. § 241 HGB. Haftung der Vorstandsmitglieder. Nicht anwendbar (§ 320 Abs. 2). Insbesondere haften die persönlich haftenden Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft wohl nur für die Sorgfalt, welche sie in eigenen Dingen anzuwenden pflegen, es sei denn bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz (§ 114 Anm. V, § 320 Anm. Vc 4; ebenso Pinner § 325 Anm. V, Staub[8]-Pinner § 320 Anm. 50, 90, 91; dagegen CosackHR. § 123 VI 1c). Auch § 241 Abs. 2, 3 ist daher für nicht selbständig neben vorstehender Regel anwendbar zu erachten (zust. Ring Nr. 6; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 91); auch

12. **§ 242 HGB.** Stellvertreter. Nicht anwendbar (vgl. oben Anm. V b 2).
13. **§ 243 HGB. Aufsichtsrat:** Bestellung, Widerruf. Anwendbar (§ 320 Abs. 3). Vgl. § 327 Anm. III a 1.
14. **§ 244 HGB.** Bekanntmachung von Änderungen in den Personen der Mitglieder des Aufsichtsrats. Anwendbar mit der Maßgabe, daß die vertretungsermächtigten persönlich haftenden Gesellschafter bekannt zu machen (oben Anm. V b 2; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 95, Ring Nr. 7) und einzureichen (§ 325 Nr. 1) haben.
15. **§ 245 HGB.** Vergütung für Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder. Der § 245 Abs. 1 wird wohl mit der Maßgabe (dagegen Ring Nr. 7) anzuwenden sein, daß nicht nur auf das eingezahlte „Grundkapital", sondern auch auf die geleisteten Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter zunächst 4 vom Hundert abzuziehen sind. — Der § 245 Abs. 2 ist als anwendbar zu erachten; ebenso der § 245 Abs. 3; beide jedoch wohl mit der Maßgabe, daß zu dem Beschluß der Generalversammlung die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter hinzukommen muß (§ 327 Abs. 2), da in dem Beschluß des § 245 Abs. 2 eine Satzungsänderung (oben Anm. V c 11), in dem Beschluß des § 245 Abs. 3 eine Verfügung über Geldmittel der Gesellschaft liegt (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 96, Ring Nr. 7).
16. **§ 246 HGB.** Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats. Anwendbar (§ 320 Abs. 3). Vgl. die zusätzliche Bestimmung des § 328 Abs. 1. Der § 246 Abs. 1 Satz 2 ist entsprechend anwendbar auf das an die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. gerichtete Verlangen des Aufsichtsrats auf Berichterstattung (§ 325 Nr. 5).
17. **§ 247 HGB.** Vertretungsmacht des Aufsichtsrats. Inwieweit § 247 neben § 328 Abs. 2, 3 entsprechend anwendbar auf das Verhältnis zu den persönlich haftenden Gesellschaftern der KAG., vgl. § 328 Anm. IV a, c.
18. **§ 248 HGB.** Unvereinbare Stellungen. Der § 248 Abs. 1 und 2, soweit er die Unvereinbarkeit der Stellung als Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglied oder Stellvertreter eines solchen behandelt, ist nicht anwendbar, sondern ersetzt durch § 328 Abs. 4. Anwendbar dagegen (§ 320 Abs. 3), soweit die Unvereinbarkeit der Stellung als Aufsichtsratsmitglied mit der Stellung als sonstiger Gesellschaftsbeamter in Frage kommt. Der § 248 Abs. 3 ist anwendbar auf ausscheidende persönlich haftende Gesellschafter (§ 328 Anm. V).
19. **§ 249 HGB.** Haftung der Aufsichtsratsmitglieder. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß im Fall des § 249 Abs. 2 nicht eine Gesamthaftung mit den Vorstandsmitgliedern, sondern mit den im Einzelfall etwa ersatzpflichtigen (oben Anm. VI i 11) persönlich haftenden Gesellschaftern eintritt. Die Anwendbarkeit des § 249 Abs. 2 ist aber zu beschränken auf den Fall einer Verletzung der den Aufsichtsrat als Gesellschaftsbehörde treffenden Obliegenheiten (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 94, 98, Ring Nr. 7). Insoweit er nicht als Gesellschaftsbehörde, sondern als Vorstand des Kommanditistenvereins (oben Anm. V c 9) Obliegenheiten zu erfüllen hat, haftet er nur diesem Verein, und die Art der letzteren Haftung regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen.
20. **§ 250 HGB. Generalversammlung;** Ausübung der Gesamtrechte der Aktionäre. Anwendbar (§ 320 Abs. 3). Vgl. auch § 327.
21. **§ 251 HGB.** Beschlußfassung der Generalversammlung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3). Vgl. jedoch § 327 Abs. 2.
22. **§ 252 HGB.** Stimmrecht der Aktionäre. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der zusätzlichen Bestimmung in § 327 Abs. 1. — Für ältere Gesellschaften vgl. G. 18 VII 84 § 4, jedoch auch Vorbem. III b vor HGB. § 178.
23. **§ 253 HGB.** Berufung der Generalversammlung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstands die persönlich haftenden Gesellschafter

24. **§ 254 HGB.** Minderheitsrecht bei Berufung der Generalversammlung und Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß in § 254 Abs. 3 an die Stelle des Vorstands die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. treten (§ 325 Nr. 2) und daß für den in § 254 Abs. 4 gedachten Beschluß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (§ 327 Abs. 2).

25. **§ 255 HGB.** Form und Frist der Berufung, Aktienhinterlegung, Anmeldung zur Teilnahme. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).

26. **§ 256 HGB.** Tagesordnung, Anträge. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).

27. **§ 257 HGB.** Besondere Mitteilung an Aktionäre durch eingeschriebenen Brief. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).

28. **§ 258 HGB.** Verzeichnis der erschienenen Aktionäre oder Vertreter von Aktionären. Anwendbar (§ 320 Abs. 3). Die etwa teilnehmenden persönlich haftenden Gesellschafter sind nur in dem Fall zu verzeichnen, daß sie auf Grund etwa ihnen zustehender Kommanditanteilrechte teilnehmen (§ 258 Anm. I a, § 327 Anm. II b; ebenso Ring Nr. 8; abw. Staub[8]-Pinner Anm. 105).

29. **§ 259 HGB.** Protokoll der Generalversammlung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe in § 327 Abs. 4.

30. **§ 260 HGB. Bilanz, Gewinnverteilung, Entlastung;** Beschluß der Generalversammlung; Vorlegung der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und des Geschäftsberichts. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß für die Genehmigung der Bilanz, des Gewinnverteilungsbeschlusses und der Entlastung des Aufsichtsrats außer einem Generalversammlungsbeschluß auch die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (§ 327 Abs. 2), und daß an die Stelle des Vorstands die (geschäftsführenden; § 327 Anm. III d) persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. treten, und zwar nicht nur bei Anwendung des § 260 Abs. 2 (§ 325 Nr. 3), sondern auch bezüglich des in § 260 Abs. 1 behandelten Entlastungsbeschlusses (oben Anm. V b 2; vgl. BGB. § 368, Bolze 12 Nr. 187; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 106, Ring Nr. 8). — Solange die persönlich haftenden Gesellschafter und die Generalversammlung sich nicht über die Bilanz einigen, darf auch den persönlich haftenden Gesellschaftern kein Gewinnanteil gutgeschrieben und mithin von ihnen auch nichts in Anrechnung auf einen solchen Gewinnanteil entnommen werden (CosackHR. § 123 VI 3 b, Staub[8]-Pinner Anm. 101, Ring Nr. 8). Die Streitfrage ist im Weg des Rechtsstreits gemäß § 328 Abs. 2 auszutragen; vorbereitend kann auch die Anfechtung des hierauf bezüglichen Generalversammlungsbeschlusses gemäß §§ 271 ff. (§ 325 Nr. 4) in Betracht kommen (Neukamp ZHR. 48 486, Staub[8]-Pinner, Ring aaO.).

31. **§ 261 HGB.** Aufstellung der Bilanz Anwendbar (§ 320 Abs. 3). Vgl. oben Anm. VI b 11.

32. **§ 262 HGB.** Reservefonds. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der zusätzlichen Bestimmung in § 329 Abs. 2. Vgl. § 329 Anm. II b 2.

33. **§ 263 HGB.** Auslegung der Bilanzvorlagen, Abschrift. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).

34. **§ 264 HGB.** Vertagung der Verhandlung über Bilanzgenehmigung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3). An sich würde man allerdings möglicherweise aus § 320 Abs. 2 schließen können, daß § 264 nicht anwendbar sei, weil darin eine Geschäftsführungshandlung der Kommanditisten anerkannt ist, die sich bei der gewöhnlichen KG. nicht wiederfindet. Da aber auch die Bilanzgenehmigung (§ 260 Abs. 1) eine Geschäftsführungshandlung ist, auf diese aber § 320 Abs. 3 und nicht § 320 Abs. 2 Anwendung finden soll, wie aus § 325 Nr. 3 hervorgeht, so wird auch der § 264, da er mit jenem Bilanzgenehmigungsrecht zusammenhängt, für die KAG. zur Anwendung zu bringen sein. Aus

[illegible]
rechnung, Einreichung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstands die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. treten (§ 325 Nr. 3, 1).

36. **§§ 266, 267 HGB. Revisoren.** Anwendbar (§ 320 Abs. 3), wobei an die Stelle des Vorstands die persönlich haftenden Gesellschafter treten (§ 325 Nr. 5). Eine Zustimmung der letzteren zur Ausübung der hierauf bezüglichen Befugnisse der Generalversammlung oder der Minderheit ist nicht erforderlich (§ 327 Abs. 3).

37. **§§ 268—270 HGB. Geltendmachung von Ansprüchen aus Gründung oder Geschäftsführung.** Anwendbar (§ 320 Abs. 3), wobei an die Stelle des Vorstands die persönlich haftenden Gesellschafter treten (§ 325 Nr. 7). Eine Zustimmung der letzteren zur Ausübung der hierauf bezüglichen Befugnisse der Generalversammlung oder der Minderheit ist nicht erforderlich (§ 327 Abs. 3). Die Ersatzansprüche sind nicht Forderungen der Kommanditistengesamtheit, sondern Forderungen der Gesellschaft und daher im Namen der letzteren zu verfolgen (D. 178).

38. **§§ 271—273 HGB. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen.** Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstands in § 271 Abs. 4, § 272 Abs. 4 die persönlich haftenden Gesellschafter (§ 325 Nr. 4) in geschäftsführungsbefugter Zusammensetzung (§ 115) treten (nach Staub[8]-Pinner Anm. 107, Ring Nr. 8 im Fall des § 271 Abs. 4 jeder einzelne geschäftsführende Gesellschafter), an die Stelle des Vorstands in § 272 Abs. 1, § 272 Abs. 3 die persönlich haftenden Gesellschafter (§ 325 Nr. 4, 1) in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§ 108 Anm. I; vgl. § 234 Anm. IIc), an die Stelle der Vorstandsmitglieder in § 271 Abs. 4 die einzelnen persönlich haftenden Gesellschafter (§ 325 Anm. II). Über Rechtsstreite der persönlich haftenden Gesellschafter gegen die Kommanditistengesamtheit vgl. § 328 Abs. 2. Verletzt der Generalversammlungsbeschluß ein Sonderrecht eines persönlich haftenden Gesellschafters, so ist dieser nicht auf das Rechtsmittel der §§ 271—273 beschränkt (§ 273 Anm. IIb 4; so in einem Einzelfall auch Staub[8]-Pinner Anm. 101).

k. **Abänderungen der Satzung.** Vgl. oben Anm. Vc 11.

1. **§§ 274—276 HGB.** Satzungsänderungsbeschluß. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (oben Anm. Vc 11).
2. **§ 277 HGB.** Anmeldung, Eintragung und Bekanntmachung des Satzungsänderungsbeschlusses. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstands die persönlich haftenden Gesellschafter treten (§ 325 Nr. 1), und daß auch bei Abänderung der in § 323 Abs. 4 bezeichneten Angaben die Bezugnahme auf die eingereichten Urkunden nicht genügt.
3. **§ 278 HGB. Erhöhung des Grundkapitals.** Erhöhungsbeschluß. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß für den Erhöhungsbeschluß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (§ 327 Abs. 2). — Über Erhöhung des Einlageversprechens oder des Kapitalanteils der persönlich haftenden Gesellschafter vgl. § 322 Anm. IIId.
4. **§ 279 HGB.** Nichtbareinlagen auf das erhöhte Grundkapital. Anwendbar (§ 320 Abs. 3). Zu dem in § 279 angeführten § 207 vgl. auch § 324.
5. **§ 280 HGB.** Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstands die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. treten (§ 325 Nr. 1).
6. **§ 281 HGB.** Zeichnung der neuen Grundkapitalanteile. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß (er[illegible]end dem § 323 Abs. 1) auch Name, Stand und

Wohnort der persönlich haftenden Gesellschafter im Zeichnungsschein anzugeben sind (§ 323 Anm. I).

7. **§ 282 HGB.** Bezugsrecht der Aktionäre. **Anwendbar** (§ 320 Abs. 3) **mit der** Maßgabe, daß (wenngleich dies nicht ausdrücklich vorgesehen) an die Stelle **des Vorstands** die persönlich haftenden Gesellschafter treten (oben Anm. V b 2).
8. **§ 283 HGB.** Zusicherung von Bezugsrechten. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
9. **§ 284 HGB.** Anmeldung des Erfolgtseins der Erhöhung; Bekanntmachung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß in Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 an die Stelle der Vorstandsmitglieder die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. treten (§ 325 Nr. 1) und daß der in Abs. 3 angezogene § 195 Abs. 3 mit der Änderung in § 323 Abs. 2 anzuwenden ist.
10. **§ 285 HGB.** Verbindung der Anmeldungen und Eintragungen des Erhöhungsbeschlusses und des Erfolgtseins der Erhöhung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
11. **§ 286 HGB.** Zweigregister. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstands die persönlich haftenden Gesellschafter treten (§ 325 Nr. 1).
12. **§ 287 HGB.** Beschränkungen vor Eintragung des Erfolgtseins der Erhöhung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).
13. **§ 288 HGB.** Herabsetzungsbeschluß. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß für den Herabsetzungsbeschluß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (§ 327 Abs. 2). — Über Herabsetzung des Einlageversprechens und Rückzahlung von Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter vgl. § 322 Anm. III d.
14. **§ 289 HGB.** Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses; Sicherung der Gläubiger. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Vorstandsmitglieder (§ 325 Anm. II) und des Vorstands die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. treten (§ 325 Nr. 1, 6).
15. **§ 290 HGB.** Kraftloserklärung behufs Ausführung der Herabsetzung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3). Über die Frage, ob die persönlich haftenden Gesellschafter eines Generalversammlungsbeschlusses bedürfen, um das Verfahren gemäß § 290 zur Anwendung zu bringen (verneinend Ring Nr. 9), vgl. oben Anm. VI h 9.
16. **§ 291 HGB.** Anmeldung des Erfolgtseins der Herabsetzung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Vorstandsmitglieder die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. treten (§ 325 Nr. 1).

l. **Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft; Liquidation.** Über die Anwendbarkeit auf die KAG. vgl. oben Anm. V c 12, 14, 15.

1. **§ 292 HGB.** Auflösungsgründe. Nicht anwendbar (§ 330 Abs. 1). Vgl. oben Anm. VI d 1.
2. **§ 293 HGB.** Anmeldung der Auflösung. Anwendbar (D. 180; vgl. § 330 Anm. IV) mit der Maßgabe in § 330 Abs. 5.
3. **§ 294 HGB.** Notwendigkeit der Liquidation; Rechtsverhältnisse während der Liquidation. Der § 294 Abs. 1 ist anwendbar (§ 320 Abs. 3, D. 180). Der § 294 Abs. 2 ist anwendbar (§ 320 Abs. 3) in demselben Umfang, in welchem vor Eintritt der Liquidation die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft maßgebend sind. Im übrigen vgl. § 156 (oben Anm. VI d 20).
4. **§ 295 HGB.** Liquidatoren. Vgl. § 331 Anm. II, III. Der § 295 Abs. 1 nicht anwendbar, sondern ersetzt durch § 331 Abs. 1 und die etwa anzuwendenden Teile des § 146 (oben Anm. VI d 16). Der § 295 Abs. 2, 3 anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe in § 331 Abs. 2. Ob neben § 295 Abs. 3 auch § 147 Halbs. 1 anwendbar, vgl. § 331 Anm. III b.
5. **§ 296 HGB.** Anmeldung der Liquidatoren, Eintragung, Zeichnung. An-

Der § 298 wird wohl für in allen Punkten voll anwendbar zu erachten sein, namentlich auch darin, daß auf die Liquidatoren und insbesondere deren Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht in der Tat (mit den in § 298 bestimmten Maßgaben) die Vorschriften über den Vorstand einer AG. und nicht die Vorschriften über die persönlich haftenden Gesellschafter zur entsprechenden Anwendung zu bringen sind. Der § 320 Abs. 2 steht nicht entgegen, da die früheren persönlich haftenden Gesellschafter jetzt nicht mehr als solche, vielmehr nur noch als Liquidatoren auftreten. Wollte man bezüglich derjenigen Liquidatoren, welche früher persönlich haftende Gesellschafter waren, das Gegenteil annehmen, so würden sich Unterschiede zwischen ihnen und den von der Generalversammlung Gewählten ergeben.

8. **§ 299 HGB.** Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht, Entlastung, Revisoren. Anwendbar (vgl. vorstehend zu 7).

9. **§ 300 HGB.** Verteilung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Beschränkung auf das Auseinandersetzungsguthaben der Kommanditistengesamtheit. Vgl. oben Anm. V c 14.

10. **§ 301 HGB.** Sperrzeit. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Beschränkung auf das Auseinandersetzungsguthaben der Kommanditistengesamtheit. Vgl. oben Anm. V c 14.

11. **§ 302 HGB.** Beendigte Liquidation. Der § 302 Abs. 1, 3 und 4 anwendbar (§ 320 Abs. 3). Neben § 302 Abs. 3 gilt auch § 157 Abs. 3. Beteiligter im Sinn des § 302 Abs. 4 ist auch jeder persönlich haftende Gesellschafter (vgl. § 331 Abs. 2). Ob statt § 302 Abs. 2 der § 157 Abs. 2 zur Anwendung kommt, vgl. oben Anm. VI d 21.

12. **§ 303 HGB.** Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen. Anwendbar (§ 320 Abs. 3); doch ist die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich (§ 327 Abs. 2). Die in § 303 Abs. 3 angeführten Vorschriften der §§ 294—302 kommen außer mit der daselbst angegebenen Maßgabe auch nur in der Form zur Anwendung, wie sie überhaupt bei der KAG. zur Anwendung kommen (vorstehend zu 3—11).

13. **§ 304 HGB.** Übertragung des Gesellschaftsvermögens im ganzen an deutsche staatliche Körperschaft. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (§ 327 Abs. 2) und daß bei Anwendung des § 324 Abs. 3 die persönlich haftenden Gesellschafter in vertretungsberechtigter Zusammensetzung an die Stelle des Vorstands treten (§ 325 Nr. 1).

14. **§ 305 HGB.** Übertragung des Gesellschaftsvermögens als Ganzes an eine AG. oder KAG. gegen Aktiengewährung. Anwendbar (§§ 320 Abs. 3, 305 Anm. I c, D. 181).

15. **§ 306 HGB.** Ausschluß der Liquidation bei Übertragung des Gesellschaftsvermögens an eine AG. oder KAG. gegen Aktiengewährung. Anwendbar (§ 320 Abs. 3, D. 181). Im Fall der entsprechenden Anwendung des § 306 erlischt die bisherige KAG., ihre Rechtspersönlichkeit geht vollständig unter, und nur bezüglich ihres Vermögens tritt Gesamtnachfolge ein. Daneben ist durch die Bestimmungen der §§ 332—334 die Möglichkeit eröffnet, die bisherige Rechtspersönlichkeit zu erhalten und ohne deren Untergang die bisherige KAG. in eine AG. umzuwandeln. Der KAG. steht frei, welchen von diesen Wegen sie wählen will.

16. **§ 307 HGB.** Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß zu dem Fortsetzungsbeschluß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (§ 327 Abs. 2), und daß bei Anwendung des § 307 Abs. 3 die persönlich haftenden Gesellschafter in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§ 325 Anm. V) an die Stelle des Vorstands treten (§ 325 Nr. 1).

17. **§ 308 HGB.** Anfechtung des Ü ragungsbeschlusses. Anwendbar (§ 320 Abs. 3).

18. **§ 309 HGB.** Nichtigkeitsklage. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß die Nichtigkeitsklage des § 309 auch dann zulässig ist, wenn die in § 322 Abs. 1 vorgesehene Satzungsbestimmung nichtig ist. Was § 309 von den „Gesellschaftern" bestimmt, findet auf die Kommanditisten Anwendung, was in § 309 und in §§ 272, 273 bezüglich des „Vorstands" oder der „Vorstandsmitglieder" gesagt ist, findet auf die persönlich haftenden Gesellschafter Anwendung (§ 355 Nr. 1, 4; vgl. oben Anm. VI i 38).

19. **§ 310 HGB.** Heilung von Satzungsmängeln. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle eines Mangels betreffs Bestellung oder Zusammensetzung des Vorstands ein Mangel betreffs der in § 322 Abs. 1 vorgesehenen Satzungsbestimmung tritt. Der Heilungsbeschluß bedarf der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter (§ 327 Abs. 2).

20. **§ 311 HGB.** Rechtsverhältnisse der nichtigen Gesellschaft. Anwendbar (§ 320 Abs. 3). Der § 311 Abs. 3 wird auch auf die von den persönlich haftenden Gesellschaftern versprochenen Einlagen entsprechend anzuwenden sein.

m. **Strafvorschriften.** Vgl. oben Anm. Vc 17.

1. **§§ 312—318 HGB.** Strafbare Handlungen. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß, soweit darin eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern (§ 325 Anm. II) erwähnt ist, die betreffenden Vorschriften auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. entsprechende Anwendung finden (§ 325 Nr. 9).

2. **§ 319 HGB.** Ordnungsstrafen. Anwendbar (§ 320 Abs. 3) mit derselben Maßgabe wie vorstehend zu 1 (§ 325 Nr. 9, FGG. § 132).

VII. **Anwendbarkeit der Vorschriften des HGB. auf ältere Kommanditaktiengesellschaften.** Vgl. Vorbem. III vor § 178. Als Wille des Gesetzgebers ist in D. 304 im Anschluß an die Erwähnung der Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften ausgesprochen, es sei im allgemeinen davon auszugehen, „daß die neuen aktienrechtlichen Vorschriften auch auf die bestehenden Gesellschaften Anwendung finden". Aus den neuen aktienrechtlichen Vorschriften folgt aber die Eigenschaft der KAG. als juristische Person (oben Anm. II): mithin ist, wenn man dem obigen Satz der Denkschrift — allerdings ohne Anhalt im Gesetz — folgt, für die Zeit seit 1. Januar 1900 auch die bereits früher entstandene KAG. als juristische Person anzusehen, gleichgültig wie man für das frühere Recht die Streitfrage (vgl. Staub[7] Anm. 2) beantwortet, ob damals die KAG. juristische Person war. Wird dies aber zugegeben, so wird man weiter zu der Ansicht gedrängt, daß nicht nur (was CosackHR. § 146 II 12d annimmt) die eigentlich „aktienrechtlichen" Vorschriften des neuen Rechts, also namentlich diejenigen betreffend die Beziehungen der Kommanditisten zur Gesellschaft und zu Dritten, sondern auch alle übrigen Vorschriften des neuen Rechts, insbesondere auch diejenigen betreffend die Beziehungen der persönlich haftenden Gesellschafter zueinander und zu den Kommanditisten, auf jede ältere KAG. nunmehr anwendbar sind (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 117, Ring Nr. 12). Denn wenn die frühere KAG. juristische Person war, so folgt die Anwendbarkeit des neuen Rechts aus EGBGB. Art. 163 (Vorbem. IIIa vor § 178). War die KAG. nach früherem Recht nicht juristische Person, so würden zwar, wenn sie es künftig gleichfalls nicht wäre, die vertragergänzenden Vorschriften des früheren Rechts anwendbar bleiben (§ 109 Anm. V); da sie aber jedenfalls für die Zukunft juristische Person ist, so tritt eine so tiefgreifende Umformung der in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse ein, daß damit die Fortgeltung der früheren vertragergänzenden Bestimmungen unvereinbar ist. — Für gewisse einzelne Rechtsverhältnisse sind jedoch die früheren Bestimmungen ausdrücklich aufrecht erhalten: vgl. G. 18 VII 84 §§ 2ff., EGHGB. Art. 22ff., jedoch auch Vorbem. IIIb vor § 178.

II. Gründung (§§ 321—324).

§ 321.

haftenden Gesellschafter müssen sich sämmtlich bei der Feststellung betheiligen; außer ihnen können nur Personen mitwirken, die als Kommanditisten Aktien übernehmen. In der Verhandlung ist der Betrag der von jedem Betheiligten übernommenen Aktien anzugeben.

Die Gesellschafter, welche den Inhalt des Gesellschaftsvertrags festgestellt haben oder andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen machen, gelten als die Gründer der Gesellschaft.

ADH. Art. 175 Abs. 1 u. a. **Entw. I** § 293. **Entw. II** § 312.

I. **Gesellschaftsvertrag.** Vgl. § 182 Anm. I, § 320 Anm. V c 11.

II. **Einlagen.** Über die Unterscheidung im Gebrauch der Worte „Vermögenseinlage" und „Einlage" vgl. § 211 Anm. II.

a. **Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter.** Vgl. § 105 Anm. I h, § 161 Anm. I c 3. Nicht erforderlich ist, daß die persönlich haftenden Gesellschafter überhaupt Vermögenseinlagen versprechen (ebenso Staub[8]-Pinner § 322 Anm. 2, Pinner § 320 Anm. II, Ring Nr. 2). Hierauf deutet auch die Vermeidung des bestimmten Artikels: „Vermögenseinlagen", nicht „die Vermögenseinlagen". Auch daß sie, wenngleich keine Vermögenseinlage, doch andersartige Beiträge versprechen, ist nicht erforderlich; denn das Beitragsversprechen ist zwar wesentlich für die Eigenschaft als Gesellschafter im Sinn des BGB. (BGB. § 705, HGB. § 105 Abs. 2, 161 Abs. 2, Planck[2] § 706 Anm. 1), der „persönlich haftende Gesellschafter" der KAG. ist aber nicht Gesellschafter, sondern Vereinsmitglied (§ 320 Anm. IV). — Zulässig ist, daß persönlich haftende Gesellschafter Grundkapitalanteile („Aktien") übernehmen, sei es ursprünglich, sei es durch späteren Erwerb von Anteilrechten; tun sie es, so sind sie zwar nicht auch „Kommanditisten" (§ 320 Anm. I b); doch finden auf sie insoweit die für Aktionäre geltenden Vorschriften Anwendung (§ 320 Abs. 3), nur daß ihnen das Stimmrecht in der Generalversammlung versagt ist (§ 327 Abs. 1). Ob es zulässig ist, daß die persönlich haftenden Gesellschafter alle Grundkapitalanteile ursprünglich übernehmen oder später erwerben, vgl. § 320 Anm. I b. — Nicht in das HGB. übernommen sind die Vorschriften, die sich auf den im ADH. festgesetzten Mindestbetrag der Kapitalbeteiligung der persönlich haftenden Gesellschafter und die Unzulässigkeit von Verfügungen über die betreffenden Kapitalanteile bezogen (D. 175).

b. **Einlagen der Kommanditisten.** Vgl. § 182 Anm. II, § 211 Anm. II. Die Einlageversprechen der Kommanditisten können sowohl im Weg der Gleichgründung, wie auch im Weg der Stufengründung beschafft werden (§ 320 Anm. V c 1).

III. **Feststellung der Satzung.** Vgl. § 182 Anm. III. Die Vorschrift des § 321 Abs. 1 unterscheidet sich von derjenigen in § 182 Abs. 1 darin, daß die sämtlichen persönlich haftenden Gesellschafter bei der Feststellung mitwirken können und daß auch sie bei Berechnung der vorgeschriebenen Fünfzahl mitzählen. Wirken daher mindestens fünf persönlich haftende Gesellschafter mit, so ist eine Mitwirkung von Grundkapitalanteil-Übernehmern an sich nicht erforderlich (vgl. D. 176); über die Frage, ob als Voraussetzung für die Eintragung erforderlich ist, daß demnächst noch ein anderer als ein persönlich haftender Gesellschafter Kommanditanteile übernimmt (sei es als Nichtbareinleger gemäß § 188 Abs. 2, sei es als Zeichner), vgl. § 320 Anm. I b. — In § 321 Abs. 1 Satz 2 ist nicht wie in § 182 Abs. 1 erwähnt, daß, wenn verschiedene Gattungen von „Aktien" ausgegeben werden, auch die Gattung der von jedem Beteiligten übernommenen Aktien anzugeben sei. Dies beruht darauf, daß die betreffende Bestimmung in § 182 erst durch die Reichstagskommission eingeschoben und eine entsprechende Einschiebung in § 321 anscheinend vergessen ist. Indessen wird auch bei der KAG. die Angabe der übernommenen Aktiengattung verlangt werden können (Rudorff, Staub[8]-Pinner § 320 Anm. 23, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 2), da ohne solche Angabe die Bezeichnung der übernommenen Anteilrechte keine zur Feststellung des Übernommenen hinreichende wäre. Bei

Auch der Betrag der von den persönlich haftenden Gesellschaftern zur Zeit der Satzungsfeststellung etwa bereits übernommenen Grundkapitalanteile ist in der Feststellungsverhandlung (nicht auch in der Satzung, § 322 Abs. 2) anzugeben (§ 321 Abs. 1 Satz 3: „Beteiligten"). Hierdurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß die Übernahme erst nachträglich geschieht, sei es in einer Nachtragsverhandlung (§ 188 Abs. 2, D. 176), sei es durch Zeichnung (§ 188 Anm. III a).

IV. **Gründer.** Vgl. § 187 Anm. I. Da nach § 321 Abs. 1 die sämtlichen persönlich haftenden Gesellschafter sich bei der Feststellung beteiligen müssen, und nach § 321 alle Personen, welche sich bei der Feststellung beteiligen, Gründer sind, so ergibt sich, daß stets sämtliche zur Zeit der Satzungsfeststellung (bzw. Entstehung der Gesellschaft) vorhandene persönlich haftende Gesellschafter Gründer der KAG. sind. Hieraus folgt dann unter anderem, daß bei der KAG. stets eine Revision durch besondere Revisoren erforderlich ist (§ 320 Anm. VI g 15). Außer den persönlich haftenden Gesellschaftern sind Gründer diejenigen Kommanditisten, welche sich etwa gleichfalls bei Feststellung der Satzung beteiligt haben oder welche Nichtbareinlagen (§ 186 Anm. II a) versprochen haben.

§ 322.

Inhalt der Satzung.

Der Gesellschaftsvertrag muß außer den im § 182 Abs. 2 Nr. 1 bis 3, 5, 6 vorgesehenen Festsetzungen den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters enthalten.

Vermögenseinlagen der persönlich haftenden Gesellschafter müssen, sofern sie nicht auf das Grundkapital erfolgen, nach Höhe und Art im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden.

Die Vorschrift des § 186 Abs. 1 findet auf alle zu Gunsten eines persönlich haftenden Gesellschafters bedungenen besonderen Vortheile Anwendung.

ADH. Art. 175 Abs. 2, 175 b Abs. 1. **Entw. I** § 294. **Entw. II** § 313.

I. **Notwendiger Inhalt jeder Satzung (Abs. 1).** Vgl. § 182 Anm. IV. Die in § 322 Abs. 1 bestimmte Abweichung von dem für die AG. maßgebenden § 182 Abs. 2 besteht darin, daß die Satzung der KAG. nicht zu enthalten hat die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstands, dagegen den Vornamen, Familiennamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters. Das Ausscheiden persönlich haftender Gesellschafter enthält indessen keine Satzungsänderung (§ 320 Anm. V c 13); vielmehr gelten hierfür besondere Vorschriften (§ 330). Entsprechend ist wohl auch im Fall der durch Satzung bestimmten Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben das Eintreten der Erben als persönlich haftende Gesellschafter an Stelle des Erblassers (§ 139 Anm. IV a, § 320 Anm. VI e 9) nicht an die Beobachtung der Vorschriften über Satzungsänderungen gebunden. Anders aber in anderen Fällen einer Aufnahme neuer persönlich haftender Gesellschafter (vgl. D. 177). Satzungsbestimmungen einer älteren KAG., in denen die Aufnahme neuer persönlich haftender Gesellschafter in anderer Form als durch Satzungsänderung zugelassen ist, haben daher ihre Kraft verloren (§ 320 Anm. VII).

II. **Bestimmungen, welche freiwillig sind, aber — wenn überhaupt — nur in der Satzung getroffen werden können.** Vgl. § 182 Anm. V. Hierzu gehören unter anderen die in § 322 Abs. 2 und 3 Erwähnten, erstere allerdings nur insoweit die erstmalige Festsetzung in Betracht kommt. Außerdem kommen zu den für die AG. in § 182 Anm. V aufgezählten Be-

versprochen werden; so bei Zusage eines den Nennwert des Grundkapitalanteils übersteigenden Ausgabebetrags oder einer an dem Kommandit-Anteilrecht haftenden wiederkehrenden Leistung (vgl. § 211 Anm. II).

c. **„Nach Höhe und Art".** Soweit Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter in der Satzung anzugeben sind, ist nicht nur deren Höhe, sondern auch deren Art festzusetzen, also ob sie bar oder in welcher sonstigen Weise zu leisten sind.

d. **Spätere Änderung von Einlagen.** Aus § 322 Abs. 2 wird man wohl zu schließen haben, daß jede spätere Herabsetzung oder Erhöhung oder sonstige Änderung des Einlageversprechens nur in den Formen einer Satzungsänderung erfolgen kann. Anders nur bei Fortfall des Einlageversprechens durch Ausscheiden des betreffenden persönlich haftenden Gesellschafters (§ 320 Anm. V c 13) oder bei anteiliger Übernahme des Einlageversprechens seitens der Miterben eines verstorbenen persönlich haftenden Gesellschafters gemäß vorheriger Satzungsbestimmung (§ 139). — Die Änderungen im Betrag des Kapitalkontos enthalten keine Satzungsänderung, wie ja auch nicht bestimmt ist, daß der Betrag der ursprünglichen Einzahlung Aufnahme in die Satzung finden soll. Mithin darf z. B. die Rückzahlung geleisteter Einlagen (ohne Zusammenhang mit einer Änderung der Höhe des Einlageversprechens) auch ohne Satzungsänderung erfolgen (dagegen CosackHR. § 123 X 3a, wohl auch Staub[8]-Pinner § 320 Anm. 111), wenn die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und mit gewöhnlichem Mehrheitsbeschluß die Generalversammlung zustimmen (§ 329 Anm. II a); ebenso die freiwillige Mehreinlegung über den Betrag der versprochenen Einlage hinaus (dagegen Staub[8]-Pinner § 320 Anm. 109), wenn die Mehreinlegung auch für die Zukunft eine freiwillige bleibt, also nicht mit einer Erhöhung des bindenden Einlageversprechens verknüpft ist.

IV. **Besondere Vorteile zu gunsten eines persönlich haftenden Gesellschafters (Abs. 3).** Der § 322 Abs. 3 verfolgte nur den Zweck, die in § 186 Abs. 1 enthaltene Vorschrift trotz ihrer Beschränkung auf „Aktionäre" auch anwendbar auf persönlich haftende Gesellschafter zu machen. Neben dem § 186 Abs. 1 mit der Erweiterung des § 322 Abs. 3 gilt daher auch für die KAG. der § 186 Abs. 3. — Besonderer Vorteil ist jede nicht an den etwa übernommenen Kommandit-Anteilrechten haftende (§ 186 Anm. I a 1), den betreffenden Gesellschafter bevorzugende Abweichung von den gesetzlichen Regeln. So z. B. die Zusicherung eines festen oder eines das angemessene Verhältnis (§ 168) übersteigenden Gewinnanteils (Staub[8]-Pinner Anm. 3, Pinner Anm. III) oder eines Mindestgewinnanteils (Ring Nr. 3). Ob § 186 Abs. 1 auch auf die Zeit nach Gründung anzuwenden, vgl. § 186 Anm. I a 5.

§ 323.

Zeichnungsschein. Anmeldung. Errichtungsversammlung. Eintragung.

Zeichnungsscheine haben außer den im § 189 vorgesehenen Angaben die Bezeichnung derjenigen Gründer zu enthalten, welche persönlich haftende Gesellschafter sind.

In der mit der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister nach § 195 Abs. 3 Satz 1 zu verbindenden Erklärung ist in Ansehung der durch Baarzahlung zu leistenden Einlagen anzugeben, daß der eingeforderte Betrag baar eingezahlt und im Besitze der persönlich haftenden Gesell[illegible]er ist.

Zur Theilnahme an der im § 196 be[illegible]n Verhandlung sind auch die

persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt. Die der Errichtung der Gesellschaft zustimmende Mehrheit muß mindestens ein Viertheil der in dem Verzeichniß aufgeführten Kommanditisten begreifen; der Betrag ihrer Antheile muß mindestens ein Viertheil des nicht von den persönlich haftenden Gesellschaftern übernommenen Grundkapitals darstellen.

Bei der Eintragung in das Handelsregister sind statt der Mitglieder des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter anzugeben. Enthält der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die Befugniß der persönlich haftenden Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft, so sind auch diese Bestimmungen einzutragen.

ADH. Art. 175c, 175f, 176. **Entw. I** § 295. **Entw. II** § 314.

I. **Zeichnungsscheine (Abs. 1).** Der § 323 Abs. 1 schreibt vor, daß neben der (in § 189 Abs. 3 Nr. 2, § 320 Abs. 3 angeordneten) Angabe der Gründer nach „Namen, Stand und Wohnort" die fernere Angabe aufzunehmen ist, welche von diesen Gründern persönlich haftende Gesellschafter sind (Ring Nr. 1). Der § 323 Abs. 1 bezieht sich zwar, wie aus der Bezugnahme nur auf § 189, dem Zusammenhang mit § 323 Abs. 2—4 und aus der Erwähnung der persönlich haftenden Gesellschafter nur in ihrer Eigenschaft als Gründer hervorgeht, zunächst nur auf Zeichnungsscheine bei Gründung, ist jedoch entsprechend auch auf Zeichnungsscheine bei Erhöhung des Grundkapitals anzuwenden (zust. Ring Nr. 1, Goldmann Nr. 1).

II. **Versicherung über Einzahlung der Bareinlagen (Abs. 2).** Vgl. § 195 Anm. I e 2. In der durch § 195 Absatz 3 Satz 1 (§ 320 Abs. 3) vorgeschriebenen Erklärung ersetzt der § 323 Abs. 2 die Worte „im Besitze des Vorstands" durch die Worte „im Besitze der persönlich haftenden Gesellschafter". Etwas Weitergehendes ist wohl nicht beabsichtigt: der § 323 Abs. 2 soll sich wohl nicht auch auf Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter als solcher beziehen (zust. Goldmann Nr. 2; dagegen Ring Nr. 2). Hierfür spricht der Gebrauch der Worte „Einlage" (nicht „Vermögenseinlage"; § 211 Anm. II) und „einfordern", ferner die Erwägung, daß nur das (dem Grundkapital der Kommanditisten entsprechende) Grundvermögen, nicht auch (außer in den Fällen der §§ 240 Abs. 2, 329 Abs. 1) der den Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter entsprechende Teil des Gesellschaftsvermögens dem Verbot der Rückgewährung unterliegt (§ 329 Anm. II a).

III. **Errichtungsversammlung bei Stufengründung (Abs. 3).**

a. **Berufer und Leiter.** Auch bei der KAG. wird — im Gegensatz zum früheren Recht — die Errichtungsversammlung durch das Gericht berufen und geleitet.

b. **Teilnahme der persönlich haftenden Gesellschafter.** Der § 323 Abs. 3 Satz 1 bestimmt nach D. 176 „zur Beseitigung von Zweifeln ausdrücklich, daß an dieser Versammlung die persönlich haftenden Gesellschafter ebenfalls teilnehmen, wenngleich sie kein Stimmrecht haben und der Konstituierung, sofern die Versammlung nicht zugleich Änderungen des Gesellschaftsvertrags beschließt, nicht mehr widersprechen können." Bezüglich Nichtanerkennung eines Widerspruchrechts ebenso M. 198, Staub[8]-Pinner Anm. 3, Rudorff; dagegen Ring Nr. 3 und früher Pinner Anm. 3. Im Verhältnis nach außen (zum Registergericht) folgt das Recht jedes persönlichen Gesellschafters, bis zur Beschlußfassung seine Unterzeichnung der Anmeldung zurückzuziehen, aus § 196 Abs. 3 Satz 2, § 325 Nr. 1 (vgl. auch § 327 Abs. 2, 4); insoweit kann daher der in der Denkschrift vertretenen Ansicht jedenfalls nicht zugestimmt werden. Ob im Verhältnis nach innen, gegenüber der in Errichtung begriffenen Gesellschaft, den anderen persönlich haftenden Gesellschaftern und der Kommanditistengesamtheit im Einzelfall

c. **Erfordernisse der Beschlußfassung.** Unter dem in § 323 Abs. 3 Satz 2 erwähnten Verzeichnis ist das gemäß § 195 Abs. 2 Nr. 3 einzureichende verstanden. In diesem Verzeichnis ist jeder aufzuführen, der Grundkapitalanteile („Aktien") zeichnet, also auch die persönlich haftenden Gesellschafter, insoweit sie Grundkapitalanteile zeichnen. Der § 323 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 fordert, daß mindestens ein Viertel der im Verzeichnis aufgeführten „Kommanditisten" zustimmt, wobei unter „Kommanditisten" nur diejenigen Übernehmer von Grundkapitalanteilen verstanden sind, welche nicht zugleich persönlich haftende Gesellschafter sind (§ 327 Abs. 1, § 320 Anm. Ib, D. 176). Entsprechend ist in § 323 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 der erforderliche Betrag des durch die Zustimmenden vertretenen Teils des Grundkapitals berechnet durch Festsetzung eines dem § 196 Abs. 4 entsprechenden Bruchteils desjenigen Teils des Grundkapitals, der von anderen Personen als den persönlich haftenden Gesellschaftern übernommen ist. Diese Berechnungsweisen sind gewählt, weil anderenfalls (wegen der Bestimmung des § 327 Abs. 1) das Aufbringen der erforderlichen Mehrheiten nicht selten von vornherein unmöglich wäre (D. 176). Es ist wohl beabsichtigt, daß § 323 Abs. 3 Satz 2 an Stelle nur des § 196 Abs. 4 Satz 1, nicht auch des § 196 Abs. 4 Satz 2 tritt, so daß letztere Bestimmung auch bei der KAG. entsprechend auf die in § 323 Abs. 3 Satz 2 bestimmte Mehrheit Anwendung findet (zust. Ring Nr. 4).

IV. **Einzutragende Tatsachen (Abs. 4).** Der § 323 Abs. 4 ändert den § 198 dahin ab, daß an die Stelle der in letzterem erwähnten Mitglieder des Vorstands die persönlich haftenden Gesellschafter treten. Im übrigen bleiben die Bestimmungen des § 198 unberührt. Aus § 323 Abs. 4 ist nichts darüber zu entnehmen, ob eine Anmeldung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist. Für die erstmalige Eintragung der Gesellschaft, auf welche allein § 323 Abs. 4 sich bezieht, ist eine besondere Anmeldung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht erforderlich (zust. Ring Nr. 5), da auch eine besondere Anmeldung der ersten Vorstandsmitglieder bei der AG. nicht stattfindet (vgl. § 195 Abs. 2 Nr. 4), und die Personen der persönlich haftenden Gesellschafter aus der bei Anmeldung der Gesellschaft zu überreichenden (§ 195 Abs. 2 Nr. 1) Satzung hervorgehen (§ 322 Abs. 1).

§ 324.

Nachgründung.

Für den im § 207 bezeichneten Beschluß der Generalversammlung bedarf es, wenn sich der Beschluß auf einen im ersten Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft geschlossenen Vertrag bezieht, einer Mehrheit, deren Antheile mindestens ein Viertheil des nicht auf Aktien der persönlich haftenden Gesellschafter entfallenden Theiles des Grundkapitals darstellen. Die Vorschrift des § 207 Abs. 3 Satz 1 bleibt unberührt.

ADH. Art. 180e. **Entw. I** § 296. **Entw. II** § 315.

I. **Erhöhte Mehrheit.** Der § 207 Abs. 3 Satz 1, wenngleich er förmlich unberührt bleibt (§ 324 Satz 2), wirkt vermöge seiner Wortfassung dennoch für die KAG. sachlich anders als für die AG., da bei ersterer nur diejenigen Teile des Grundkapitals „bei der Beschlußfassung vertreten" sein können, welche nicht in Händen von persönlich haftenden Gesellschaftern sind (§ 327 Abs. 1); der § 207 Abs. 3 Satz 1 (§ 324 Satz 2) entspricht daher — abgesehen von der in Betracht kommenden Zahl — dem § 323 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 trotz dessen verschiedener Fassung.

II. **Zusätzliches Erfordernis bei Nachgründung im ersten Jahr nach Entstehung der KAG.** Der § 324 will nur den § 207 Abs. 3 Satz 2 ändern; alle übrigen Bestimmungen des § 207 werden durch § 324 nicht berührt. Die in § 324 Satz 1 enthaltene Abweichung entspricht der

handen, davon abhängt, wieviele Anteilrechte als den persönlich haftenden Gesellschaftern gehörig vorweg abzuziehen sind, ist dem Registergericht die zur Zeit der Generalversammlung vorhandene Anteilberechtigung der persönlich haftenden Gesellschafter darzutun.

III. Verfassung und Geschäftsführung (§§ 325—329).

§ 325.

Anwendung von Vorschriften über den Vorstand der AG.

Die den Vorstand der Aktiengesellschaft betreffenden Vorschriften:

1. über die Anmeldungen, Einreichungen und Erklärungen zum Handelsregister,
2. über die Berufung der Generalversammlung,
3. über die Aufstellung, Vorlegung und Veröffentlichung der Jahresbilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung sowie über die Vorlegung des Geschäftsberichts,
4. über die Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung,
5. über das Verfahren im Falle der Bestellung von Revisoren zur Prüfung der Bilanz oder zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder Geschäftsführung sowie über die Obliegenheiten gegenüber den Revisoren und dem Aufsichtsrathe,
6. über die im Falle einer Herabsetzung des Grundkapitals an die Gläubiger zu richtende Aufforderung,
7. über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft wegen der Geschäftsführung,
8. über die Stellung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens,
9. über die strafrechtliche Verantwortlichkeit und über die Verhängung von Ordnungsstrafen

finden auf die persönlich haftenden Gesellschafter entsprechende Anwendung.

ADH. in Art. 173—249g zerstreut. **Entw. I** § 297 Abs. 1. **Entw. II** § 316.

I. **In § 325 nicht erwähnte Vorschriften über den Vorstand der AG.** Aus der Aufzählung in § 325 darf nicht der Gegenschluß gezogen werden, daß die dort nicht erwähnten den Vorstand der AG. betreffenden Vorschriften nicht entsprechende Anwendung auf die persönlich haftenden Gesellschafter finden; bezüglich jeder einzelnen derartigen Vorschrift ist besonders zu prüfen, ob sie Anwendung findet oder nicht (§ 320 Anm. V b 2).

II. **Den Vorstand betreffend.** Hierunter fallen, wie sich aus den einzelnen aufgezählten Bestimmungen ergibt, auch Vorschriften, welche die Vorstandsmitglieder betreffen.

III. **Anmeldungen, Einreichungen und Erklärungen zum Handelsregister.** Der § 325 Nr. 1 soll wohl nur bestimmen, daß innerhalb des Gebiets, für welches nach § 320 Abs. 3 die Vorschriften über die AG. überhaupt anwendbar sind, die für den Vorstand der AG. gegebenen Bestimmungen entsprechende Anwendung finden; ist dies zutreffend, so würden bei Anmeldung einer Änderung der Personen oder der Vertretungsbefugnis von persönlich haftenden Gesellschaftern, soweit hierin keine Satzungsänderung liegt, nicht die Vorschriften über Anmeldun-

persönlich haftenden Gesellschafters" (vgl. § 322 Anm. I). Über die Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft und des Ausscheidens von persönlich haftenden Gesellschaftern bestimmt § 330 Abs. 5. — Zu beachten ist auch, daß sich aus § 327 Abs. 4 eine Einschränkung der Einreichungspflicht ergibt.

IV. **Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft wegen der Geschäftsführung.** Durch § 325 Nr. 7 sollen die §§ 268—270 für entsprechend anwendbar erklärt werden (vgl. auch § 327 Abs. 3), mithin die Vorschriften über das Verfahren bei Verfolgung derartiger Ansprüche. Aus § 325 Nr. 7 ist dagegen nichts über den Inhalt des geltend zu machenden Anspruchs zu entnehmen; der § 325 Nr. 7 enthält daher nicht (was Staub[6]-Pinner § 320 Anm. 90 annimmt) eine Regel des Inhalts: „Hat der persönlich haftende Gesellschafter seine Verpflichtungen verletzt, so haftet er der Gesellschaft so, wie der Vorstand, wenn er die seinigen verletzt." Über den Grad der Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters vgl. § 320 Anm. VI zu § 241. — Aus § 325 Nr. 7 folgt auch nichts über die Anwendbarkeit des § 247 (dagegen Staub[6]-Pinner § 320 Anm. 97); hierüber vgl. § 328 Anm. IV.

V. **Entsprechende Anwendung.** Jedes Vorstandsmitglied ist notwendig vertretungsberechtigt (§ 232 Anm. IV); nicht ebenso jeder persönlich haftende Gesellschafter (§ 125 Abs. 1, § 127). Der Ausschluß eines Vorstandsmitglieds von der Geschäftsführungsbefugnis, wenngleich zulässig (§ 231 Anm. III), ist im Gesetz nicht besonders berücksichtigt; wohl aber der Ausschluß persönlich haftender Gesellschafter von der Geschäftsführungsbefugnis (§§ 114 ff.). Die persönlich haftenden Gesellschafter bilden ferner nicht zusammen eine Behörde, wie der Vorstand, stehen vielmehr als einzelne in Rechtsbeziehungen zu anderen Gesellschaftern und zur Gesellschaft (§ 320 Anm. V c 9). — Aus allen diesen Abweichungen folgt, daß in jedem einzelnen Fall zu prüfen ist, ob die Anwendung der für den Vorstand oder dessen Mitglieder gegebenen Vorschrift eine entsprechende ist, wenn sie auf alle persönlich haftenden Gesellschafter, oder wenn sie auf diese nur in geschäftsführungsbefugter, oder nur in vertretungsberechtigter Zusammensetzung angewendet wird.

§ 326.

Verbot von Sondergeschäften.

Ein persönlich haftender Gesellschafter darf ohne Einwilligung der Gesellschaft weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter Theil nehmen. Die Einwilligung wird durch die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und, sofern nicht die Befugniß zur Ertheilung durch den Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluß der Generalversammlung dem Aufsichtsrath übertragen ist, durch die Generalversammlung ertheilt.

Verletzt ein persönlich haftender Gesellschafter die ihm nach Abs. 1 obliegende Verpflichtung, so findet die Vorschrift des § 236 Abs. 2 Anwendung.

Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und der Aufsichtsrath von dem Abschlusse des Geschäfts oder von der Theilnahme des persönlich haftenden Gesellschafters an der anderen Gesellschaft Kenntniß erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.

ADH. Art. 196 a. **Entw. I** § 297 Abs. 2. **Entw. II** § 317.

I. **Inhalt des Verbots** ist derselbe wie für die Gesellschafter der oHG. (§ 112 Anm. I; vgl. auch § 236 Anm. I).

II. **Einwilligung.** Vgl. § 236 Anm. II. Während für die oHG. die Einwilligung „der anderen Gesellschafter" (§ 112 Abs. 1), ist für die KAG. die Einwilligung „der Gesellschaft" erfordert

ist, die hierauf bezügliche Befugnis der Generalversammlung aber durch Satzung oder Generalversammlungsbeschluß dem Aufsichtsrat übertragen werden könne. — Auch soweit die Generalversammlung mitzuwirken hat, ist eine stillschweigende Erteilung der Genehmigung möglich (§ 236 Anm. II; ebenso Goldmann Nr. 3; dagegen Staub³-Pinner Anm. 5, Ring Nr. 2).

III. **Folgen der Übertretung des Verbots.** Vgl. § 236 Anm. III. Neben den in § 236 Abs. 2 vorgesehenen können auch andere Folgen eintreten (vgl. § 113 Abs. 4).

IV. **Verjährung.** Vgl. § 236 Anm. IV.

§ 327.

Verhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter zur Generalversammlung.

In der Generalversammlung haben die persönlich haftenden Gesellschafter, auch wenn sie Aktien besitzen, kein Stimmrecht.

Die Beschlüsse der Generalversammlung bedürfen der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie Angelegenheiten betreffen, für die bei der Kommanditgesellschaft das Einverständniß der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist.

Zur Ausübung der Befugnisse, welche in Ansehung der Bestellung von Revisoren und der Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft aus der Gründung oder der Geschäftsführung nach den §§ 266 bis 269 der Generalversammlung oder einer Minderheit von Aktionären zustehen, bedarf es der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht.

Beschlüsse der Generalversammlung, die der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter bedürfen, sind zum Handelsregister erst einzureichen, wenn die Zustimmung erfolgt ist. Bei Beschlüssen, die in das Handelsregister einzutragen sind, ist die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter in dem über die Verhandlung aufzunehmenden Protokoll oder in einem Anhange zu dem Protokolle zu beurkunden.

ADH. Art. 190 Abs. 4. **Entw. I** § 298. **Entw. II** § 318.

I. **Stellung der Generalversammlung innerhalb der Verfassung der KAG.** Vgl. § 320 Anm. V c 9. Die Rechte der Generalversammlung im Verhältnis zu den persönlich haftenden Gesellschaftern sind in mehrfacher Beziehung weitergehende als die entsprechenden Rechte der Kommanditisten bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft (§ 320 Anm. V c 6, 10); so z. B. bezüglich Bilanzfeststellung und Gewinnverteilungsbeschluß (§ 325 Nr. 3), Bestellung von Revisoren (§§ 325 Nr. 5, 327 Abs. 3), Überwachung durch selbstgewählten Aufsichtsrat (unten Anm. III a 1).

II. **Kein Stimmrecht der persönlich haftenden Gesellschafter (§ 327 Abs. 1).**

a. Stimmrecht. Daß die persönlich haftenden Gesellschafter, wenn sie nicht gleichzeitig Kommandit-Anteilberechtigte sind („Aktien besitzen"), kein Stimmrecht in der Generalversammlung haben, ist selbstverständlich. Der § 327 Abs. 1 versagt ihnen aber auch das Stimmrecht in Ansehung etwaiger ihnen zustehender Kommandit-Anteilrechte. Streitig ist, ob § 327 Abs. 1 auch die Ausübung eines Stimmrechts durch persönlich haftende Gesellschafter namens

bunden wissen wollte, und das HGB. an dem Art. 190 Abs. 4 sachlich nichts ändern sollte (D. 177). Unerheblich allerdings für die Entscheidung der Streitfrage ist (worauf M. 206 Gewicht legt), ob Interessenwiderstreit auch bei Stimmen für andere vorhanden; denn wenn § 327 Abs. 1 in beschränktem Sinn ausgelegt wird, so würde daneben, wenn im Einzelfall Interessenwiderstreit vorhanden, der weitergehende § 252 Abs. 3 gelten (§ 320 Abs. 3). Unzutreffend ist die Beweisführung Pinners (auch in Staub[8]); er setzt voraus, daß im Gesetz als Gegensatz des „auch wenn sie Aktien besitzen" an den Fall gedacht sei, daß sie im Einzelfall an sich berechtigt seien, für andere zu stimmen; es ist aber gerade die Frage, ob an diesen Fall gedacht ist, oder an den anderen, daß sie überhaupt kein Recht (eigenes oder fremdes) auf grund von Kommandit-Anteilen beanspruchen. Ebenso kommt aber auch die Beweisführung Staubs[7] auf ein Voraussetzen des Gesuchten heraus, indem er dem Wort „Stimmrecht" von vornherein den beschränkten Sinn unterlegt. Nichts herzuleiten ist ferner aus dem Wort „besitzen", denn „besitzen" ist im HGB. wiederholt ungenau im Sinn von „berechtigt sein" gebraucht (§ 252 Anm. IIIb 1). Ebensowenig aus dem Unterschied in der Fassung zwischen § 252 Abs. 3 und § 327 Abs. 1, denn in gleich verschiedener Fassung waren jene Vorschriften in Art. 190 Abs. 3 und 4 ADH. enthalten, und trotzdem sie dort unmittelbar aufeinanderfolgten, wollte doch M. 206 den Abs. 4 in gleichem Sinn wie den abweichend gefaßten Abs. 3 verstanden wissen. Auch in § 252 ist „Stimmrecht" und „Ausübung des Stimmrechts" nicht streng gesondert; in § 252 Abs. 1 Satz 2 und wohl auch Satz 3 steht letzterer Ausdruck im Sinn des ersteren (§ 252 Anm. IIIa, b 1), im Abs. 4 im Sinn des ersteren und letzteren zugleich.

b. **Teilnahmerecht.** Die Teilnahme an der Generalversammlung ohne Mitstimmen ist den persönlich haftenden Gesellschaftern nicht verboten (§ 327 Abs. 4 Satz 2, Pinner Anm. IV, Staub[8]-Pinner Anm. 3, Ring Nr. 1). Ein besonderes Recht auf Teilnahme ist aber ebensowenig anerkannt (vgl. § 250 Anm. IVa 8; ebenso Keyßner Anm. 1); auch nicht für diejenigen Fälle, in denen die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter zu den Generalversammlungsbeschlüssen erforderlich ist (dagegen Ring Nr. 1), da diese Zustimmung nicht notwendig in der Generalversammlung erklärt zu werden braucht (unten Anm. IIIc). Für diejenigen persönlich haftenden Gesellschafter, welche Kommandit-Anteilberechtigte sind, folgt aber ein Recht auf Teilnahme aus ihrem Kommandit-Anteilrecht (§ 252 Anm. Va).

III. **Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter zu Generalversammlungsbeschlüssen.**

a. **In welchen Fällen ist die Zustimmung erforderlich, in welchen nicht?**

1. Regel ist rechtlich, wenngleich wohl nicht tatsächlich, daß keine Zustimmung erforderlich ist (§ 320 Abs. 3; dagegen Pinner Anm. VI). So namentlich bei „nur auf Angelegenheiten der Kommanditisten bezüglichen Beschlüssen, wie . . . die Bestellung von Prozeßbevollmächtigten, die Kündigung der Gesellschaft" (D. 178). Nach D. 178 soll das Gleiche gelten bei Wahl oder Abberufung von Mitgliedern des Aufsichtsrats; dies wird daher wohl als im Sinn des Gesetzes liegend anzusehen sein (zust. Ring Nr. 2), wenngleich nicht anzuerkennen ist, daß (was D. 178 annimmt) dies gleichfalls Beschlüsse sind, welche nur Angelegenheiten der Kommanditisten betreffen, denn der Aufsichtsrat ist nicht nur Behörde der Kommanditistengesamtheit, sondern gleichzeitig auch Behörde der Kommanditaktiengesellschaft (§ 320 Anm. Vc 9; über Wahl des ersten Aufsichtsrats vgl. § 320 Anm. VIg 14). In § 327 Abs. 3 ist ein Zweifel (D. 178) dahin entschieden, daß auch bezüglich der in §§ 266 bis 269 erwähnten Beschlüsse der Generalversammlung (oder Minderheitsbefugnisse) keine Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist. Ob das Gleiche für den Bilanzvertagungsbeschluß des § 264 gilt, vgl. § 320 Anm. VIi 34. Ein Minderheitsverlangen, selbst wenn es in der Generalversammlung gestellt werden muß, ist kein Beschluß (§ 268 Anm. IIIb).

gehoben, wenngleich es an sich bereits aus § 320 Abs. 2 folgen würde (D. 178). Hierzu gehören nach D. 178 z. B. Beschlüsse über Satzungsänderung, Bilanzfeststellung und Gewinnverteilung. Aus letzteren beiden Beispielen ergibt sich, daß die Fassung des § 327 Abs. 2 ungenau ist; die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter der KAG. soll erforderlich sein nicht nur, soweit bei der Kommanditgesellschaft das Einverständnis der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten, sondern auch soweit dort eine Handlung nur der ersteren genügt; denn bei der Kommanditgesellschaft haben die Kommanditisten weder bei Bilanzfeststellung (§ 166 Anm. I) noch bei Festsetzung des zu verteilenden Gewinns, soweit eine solche Festsetzung dort überhaupt geschieht (§ 167 Anm. II, § 169 Anm. II), mitzuwirken.

b. **Wirkung der Zustimmung.** Die Zustimmung ist nicht etwa Teil des Beschlusses (vgl. jedoch § 332 Abs. 1), vielmehr etwas Hinzukommendes. Auch derjenige Beschluß, welcher „der Zustimmung bedarf“, ist daher als Beschluß bereits vorhanden, ohne daß jene Zustimmung erteilt ist, und bleibt als Beschluß bestehen, selbst nachdem die Zustimmung verweigert ist; ebenso wie bei der Kommanditgesellschaft eine Erklärung der Kommanditisten nicht dadurch ungeschehen gemacht wird, daß ihr die persönlich haftenden Gesellschafter nicht beitreten. Die Wirkung der Zustimmung ist daher lediglich die, daß aus der in dem Generalversammlungsbeschluß liegenden einseitigen Erklärung der Kommanditistengesamtheit durch das Hinzutreten der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter eine allseitig bindende Willenserklärung der Kommanditaktiengesellschaft, ein Gesellschaftsbeschluß wird. An anderer Stelle (§ 330 Abs. 3) ist gerade die Erklärung der Generalversammlung als „Zustimmung“ bezeichnet. Unerheblich ist daher auch die Reihenfolge, in welcher die Erklärungen abgegeben werden (BGB. §§ 182 ff.).

c. **Form der Zustimmung.** Über die Grenze der Anwendbarkeit des § 119 vgl. § 320 Anm. VIb 10.

1. Bei Beschlüssen, „die in das Handelsregister einzutragen sind“ (§ 327 Abs. 4 Satz 2). Hierunter sind wohl nicht nur diejenigen verstanden, die ohne Eintragung wirkungslos sind, sondern auch diejenigen, bei denen die Eintragung nur erklärende Wirkung hat (ebenso Pinner Anm. III, Staub⁸-Pinner Anm. 6); den Gegensatz bilden diejenigen Beschlüsse, welche nur einzureichen sind. Hierher gehören daher z. B. nicht nur Beschlüsse über Satzungsänderung (§ 277 Abs. 3, D. 178), Liquidationsausschluß (§ 304 Abs. 4), Umwandlung in AG. (§ 332 Abs. 2), sondern z. B. auch ein Auflösungsbeschluß (§ 330 Abs. 3, 5; vgl. § 293 Anm. IV). Unerheblich ist auch, ob der Inhalt des Beschlusses einzutragen ist, oder eine Bezugnahme auf überreichte Urkunden genügt (vgl. § 277 Abs. 2 Satz 1) — Bei den einzutragenden Beschlüssen ist zwecks Sicherung der Grundlagen für die Eintragung (D. 178) die Formvorschrift gegeben, daß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter in dem über die Verhandlung aufzunehmenden Protokoll (§ 259) oder „in einem Anhange zu dem Protokoll“ zu beurkunden sei. Was unter „Anhang“ verstanden, ist nicht zweifellos. Gemeint ist wohl nicht eine mit der Haupturkunde nur durch den räumlichen Zusammenhang auf demselben Papierstück verbundene selbständige Erklärung, sondern eine Protokollanlage im Sinn des FGG. § 176 Abs. 2. Hieraus würde allerdings folgen, daß der Anhang nur von demselben Gericht oder Notar (oder ihren amtlich bestellten Vertretern oder Amtsnachfolgern) herstellbar ist, welche die Haupturkunde aufgenommen haben (Jastrow[14] Formularbuch 1 231 III 7a zu HGB. § 327 Anm. 5; dagegen Staub⁸-Pinner Anm. 6). — Die Zustimmung ist mithin nicht als selbständiges Rechtsgeschäft, sondern nur als Teil des durch das Protokoll überhaupt zu beurkundenden Vorgangs gedacht, die Vorschriften des FGG. §§ 168 ff.

versammlungsbeschlüsse lange in der Schwebe bleiben, bevor die persönlich haftenden Gesellschafter sich über Erteilung der Zustimmung entscheiden.

2. Bei Beschlüssen, die nicht „in das Handelsregister einzutragen sind," ist keine bestimmte Form für die Abgabe der Zustimmungserklärung vorgeschrieben. So z. B. bei den Beschlüssen über Bilanzfeststellung und Gewinnverteilung (D. 178). Da bezüglich dieser Beschlüsse keine Anmeldungs-, sondern nur eine Nachweisungspflicht (§ 12 Anm. IV, VIb) besteht, wird nicht (was Pinner Anm. III, Staub[8]-Pinner Anm. 6 annehmen) als genügend zu erachten sein, daß die Gesellschafter, welche das Generalversammlungsprotokoll einreichen, gleichzeitig erklären, daß die übrigen Gesellschafter zugestimmt haben; vielmehr wird in der Regel die Einreichung schriftlicher Zustimmungserklärungen zu fordern sein (§ 276 Anm. IVb 1; ähnlich Ring Nr. 3).

d. **Wer muß zustimmen?** Nach dem Wortlaut des § 327 könnte es scheinen, daß in allen Fällen, in denen überhaupt eine Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist, alle vorhandenen persönlich haftenden Gesellschafter zustimmen müssen, also auch die nichtgeschäftsführungsbefugten. Da aber § 327 Abs. 2 nichts Selbständiges bestimmen, sondern nur (ebenso wie § 320 Abs. 2) auf die für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften zurückverweisen will (oben Anm. IIIa 2), so wird auch für die KAG. nur die Zustimmung derjenigen persönlich haftenden Gesellschafter verlangt werden können, deren Zustimmung für die entsprechende Handlung bei der Kommanditgesellschaft erforderlich ist (ebenso Pinner Anm. VI 2). Soweit daher eine Frage der Geschäftsführung in Betracht kommt, brauchen nur die geschäftsführungsbefugten persönlich haftenden Gesellschafter (gemäß § 119) zuzustimmen; soweit es sich um Änderung der Satzung handelt, müssen alle persönlich haftenden Gesellschafter zustimmen (Pinner aaO., Staub[8]-Pinner § 320 Anm. 102, Ring Nr. 2).

IV. **Einreichung der Generalversammlungsprotokolle zum Handelsregister.** Die Einreichung von „Beschlüssen" kann nur durch Einreichung der darüber aufgenommenen Protokolle erfolgen (§ 259 Abs. 5). Der § 327 Abs. 4 Satz 1 sollte eine Einschränkung der für die AG. bestehenden unbedingten Verpflichtung zur Einreichung aller Generalversammlungsprotokolle enthalten (D. 178); er enthält mithin kein Verbot, sondern nur die Erleichterung einer Pflicht. Hieraus folgt, daß wenn durch dasselbe Protokoll mehrere zustimmungspflichtige Beschlüsse beurkundet sind, von denen nur einem die Zustimmung erteilt wird, dennoch alsbald das ganze Protokoll einzureichen ist (zust. Ring Nr. 4). — Die Ansicht, daß unter Umständen dem Aufsichtsrat die Einreichung von Beschlüssen obliege (Keyßner Anm. 4 unter Berufung auf § 328 Abs. 1), ist nicht zu billigen (vgl. § 325 Nr. 1).

§ 328.

Aufsichtsrat.

Die Beschlüsse der Kommanditisten werden durch den Aufsichtsrath ausgeführt, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist.

In Rechtsstreitigkeiten, welche die Gesammtheit der Kommanditisten gegen die persönlich haftenden Gesellschafter oder diese gegen die Gesammtheit der Kommanditisten zu führen haben, werden die Kommanditisten durch den Aufsichtsrath vertreten, es sei denn, daß in der Generalversammlung besondere Vertreter gewählt werden. Für die Kosten des Rechtsstreits, welche den Kommanditisten zur Last fallen, haftet die Gesellschaft, unbeschadet ihres Rückgriffs gegen die Kommanditisten.

Die Vorschrift des § 247 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

I. **Stellung des Aufsichtsrats innerhalb der Verfassung der KAG.** Vgl. § 320 Anm. V c 9. Ob zur Wahl oder Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist, vgl. § 327 Anm. III a 1.

II. **„Kommanditisten“, „Gesamtheit der Kommanditisten“.** Vgl. § 320 Anm. I b, III.

III. **Ausführung der Beschlüsse der Kommanditisten** (§ 328 Abs. 1). Diese mangels gegenteiliger Satzungsbestimmung dem Aufsichtsrat in § 328 Abs. 1 zugewiesene Obliegenheit tritt zu seinen sonstigen in § 246 (§ 320 Abs. 3) geregelten Obliegenheiten hinzu. Die erstere entspricht seiner Stellung als Vorstand der Kommanditistengesamtheit, die letzteren entsprechen seiner Stellung als Behörde der Kommanditaktiengesellschaft. Aus § 328 ist daher nur zu entnehmen, daß der Aufsichtsrat diejenigen Beschlüsse der Kommanditisten, d. h. der Generalversammlung, auszuführen hat, welche ein Beschluß lediglich der Kommanditistengesamtheit sind (vgl. § 327 Anm. III a 1), nicht auch diejenigen, welche, um bindend für die Gesellschaft zu werden, der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter bedürfen (§ 327 Anm. III a 2), selbst nachdem diese Zustimmung erteilt ist; denn die letzteren Beschlüsse haben dann nicht mehr die Eigenschaft eines Kommanditistenbeschlusses, sondern eines Gesellschaftsbeschlusses (§ 327 Anm. III b).

IV. **Rechtsstreitigkeiten zwischen Kommanditistengesamtheit und persönlich haftenden Gesellschaftern** (§ 328 Abs. 2, 3).

a. **Verhältnis des § 328 Abs. 2 zu § 247 Abs. 1.** Nicht in genau demselben Verhältnis wie § 328 Abs. 1 zu § 246 (oben Anm. III) steht § 328 Abs. 2 zu § 247 Abs. 1. Die Rechte des Aufsichtsrats zur Vertretung der Gesellschaft gemäß § 247 Abs. 1 sind zum Teil gegenstandslos bei der KAG. Zwar wird man wohl anzunehmen haben, daß die durch § 247 Abs. 1 anerkannte Ermächtigung des Aufsichtsrats, die Gesellschaft bei Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten, auch für die KAG. in entsprechender Anwendung auf Rechtsgeschäfte mit den persönlich haftenden Gesellschaftern (§ 320 Anm. V b 2) gelten soll (vgl. § 320 Anm. V c 4; ebenso Staub⁸-Pinner § 320 Anm. 9, Ring Nr. 1); ebenso gilt auch für die KAG. die in § 247 Abs. 1 erteilte Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Führung von Rechtsstreitigkeiten namens der Gesellschaft, wenn die Generalversammlung sie beschließt (ebenso CosackHR. § 123 VI 2). Anders jedoch als entsprechend bei der AG. und beschränkter ist bei der KAG. die Ermächtigung der Generalversammlung, namens der Gesellschaft derartige Rechtsstreitigkeiten gegen persönlich haftende Gesellschafter zu beschließen; diese Ermächtigung besteht bei der KAG. nur im Fall der §§ 268—270 (D. 178 erwähnt sogar nur Ansprüche „aus der Geschäftsführung“; gegen diese weitergehende Beschränkung § 327 Abs. 3). Nur soweit der Fall der §§ 268—270 vorliegt, hat daher für die KAG. die Bestimmung des § 247 Abs. 1 über die Befugnis des Aufsichtsrats zur Vertretung der Gesellschaft im Rechtsstreit sachliche Bedeutung. Daneben schafft nun § 328 Abs. 2 neue Rechte des Aufsichtsrats zur Vertretung der Kommanditistengesamtheit.

b. **Kosten des Rechtsstreits der Kommanditistengesamtheit, wenn diese unterliegt.** Die Kommanditistengesamtheit hat kein selbständiges Vermögen; als Schuldner werden daher die einzelnen Kommanditisten (vgl. § 218 Anm. V b) anzusehen sein, jedoch nur anteilig, nicht als Gesamtschuldner. „Aus Zweckmäßigkeitsgründen ist bestimmt, daß für diese Kosten . . . die Gesellschaft vorschußweise zu haften hat, da sie in der Lage ist, sich durch Abzug der auf die Kommanditisten fallenden Dividende oder Liquidationsrate an dieselben zu halten“ (D. 179). Daß die Haftung des einzelnen Kommanditisten für den Kostenanteil eine auf sein Anteilrecht und dessen Erträgnisse beschränkte sein sollte (was Staub⁸-Pinner Anm. 2 annimmt), ist aus § 328 nicht zu entnehmen, folgt auch nicht etwa aus § 320 Abs. 1 oder § 211 (vgl. § 211 Anm. IV, § 212 Anm. III, § 218 Anm. V b, § 269 Abs. 5, § 273 Abs. 2.

der Kommanditistengesamtheit (gemäß § 328 Abs. 3) klagen will. Das Wort „entsprechende" in § 328 Abs. 3 deutet nur darauf, daß hier gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern gilt, was § 247 Abs. 2 gegenüber den Vorstandsmitgliedern zuläßt.

V. **Unvereinbare Stellungen** (§ 328 Abs. 4). Die Bestimmung des § 328 Abs. 4 tritt an die Stelle des § 248, soweit letzterer die Aufsichtsratsmitglieder von der Stellung eines Vorstandsmitglieds oder Stellvertreters eines solchen ausschließt; daneben gilt § 248 (§ 320 Abs. 3), soweit er bestimmt, daß Aufsichtsratsmitglieder nicht als Beamte die Geschäfte der Gesellschaft führen können. Anwendbar ist § 248 Abs. 3 dahin, daß ausscheidende persönlich haftende Gesellschafter nicht vor ihrer Entlastung in den Aufsichtsrat gewählt werden können (Ring Nr. 4, Goldmann Nr. 8).

§ 329.

Gewinnanteil der persönlich haftenden Gesellschafter.

Ergiebt sich für die persönlich haftenden Gesellschafter nach dem Jahreserträgniß ein Gewinnantheil, der nicht auf ihre Aktien fällt, so hat die Auszahlung zu unterbleiben, falls eine Unterbilanz vorhanden ist, die ihre nicht in Aktien bestehenden Kapitalantheile übersteigt. Solange eine solche Unterbilanz besteht, ist auch eine sonstige Entnahme von Geld auf den Kapitalantheil ausgeschlossen.

Auf den Gewinn, der sich für die persönlich haftenden Gesellschafter ergiebt, findet die Vorschrift des § 262 Nr. 1 über den Reservefonds Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 300. **Entw. II** § 320.

I. Berechnung der Gewinn- und Verlustanteile.
  a. Falls Satzungsbestimmung.
  b. Falls keine Satzungsbestimmung.

II. Auszahlung von Gesellschaftsvermögen.
  a. Regel.
  b. Ausnahmen.
  c. Beispiel der Bilanzaufstellung.

I. **Berechnung der Gewinn- und Verlustanteile** der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditistengesamtheit.

a. **Ist in der Satzung eine Bestimmung darüber getroffen,** welche Anteile an Gewinn und Verlust den persönlich haftenden Gesellschaftern (und den einzelnen unter ihnen) einerseits und der Kommanditistengesamtheit andererseits zu berechnen sind, so ist diese Regelung entscheidend (§§ 163, 320 Abs. 2). — Eine von der gesetzlichen abweichende Regelung, welche für die persönlich haftenden Gesellschafter günstiger ist (oder unter Umständen sein kann) als die gesetzliche, bindet die Gesellschaft nur, wenn sie in die Satzung aufgenommen ist (§ 322 Anm. IV, § 163, § 320 Anm. V c 11). So z. B., wenn — abweichend von der unten zu b dargestellten gesetzlichen Regelung — bedungen wird, daß den Kommanditisten höchstens vom Betrag des Grundkapitals, nicht auch vom Aufgeld vier vom Hundert gemäß § 121 gutgeschrieben werden sollen. — Die in § 237 enthaltenen Beschränkungen finden auf den Gewinnanteil der persönlich haftenden Gesellschafter keine Anwendung (Staub[8]-Pinner § 320 Anm. 71, Keyßner in ZHR. 48 508).

b. **In Ermangelung einer Satzungsbestimmung** hat die Berechnung gemäß §§ 167, 168 zu erfolgen (§ 320 Abs. 2), und zwar so, daß hierbei die Kommanditistengesamtheit (einschließlich der persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie Kommandit-Anteilberechtigte sind) wie ein Kommanditist angesehen wird (§ 320 Anm. III a), daß als „bedungene Einlage" der Kommanditistengesamtheit die Summe aller in Ansehung der Kommanditanteile („Aktien") zugesagten Kapitaleinlagen (§ 211 Anm. II; auf Grundkapital und Aufgeld; durch persönlich haftende Gesellschafter und Kommanditisten) gilt, und daß der „Kapitalanteil" der Kommanditistengesamtheit berechnet wird (dagegen Ring Nr. 2) durch den Betrag der geleisteten

rechnung auf das Grundkapital
anteile („Aktien") verteilten Ge
Abs. 2 zukommenden, ihr aber
drittens des der Kommanditis
lasteten und seiner Höhe nach
von Aufgeld und Teilen der G
des „Kapitalanteils", vielmehr
ausgezahlt werden darf. — D
„Grundkapital" bei Staub[8]-P
Anm. 67, 69 für die Komm
ihr aber nicht gutschreiben od
ersichtlich wird, wo dieser — d
auch bei Staub in dem Gewi
ausgezahlten Gewinnanteilen.
Berechnung erscheint irrig, d
100000 Mk. einen Jahres

Beispiel: Bei einer c
115000 Mk., worauf 1000
persönlich haftenden Gesellsch
seien Vermögenseinlagen v
hierauf seien am 1. Janua
persönlich haftenden Gesells
übernommen. Ein den Ur
anteile (§ 168 Abs. 2) der
schafter sei: $^{12}/_{36}$, $^{3}/_{36}$, $^{2}/_{3}$
zweiten 45360 Mk. Jahre
für das erste 10350, für
haftenden Gesellschaftern s
vor Schluß des betreffend
konto abgebucht. Es er
anteils:

	Mitglieder	Kapitalanteile am 1. 1. 1900	Gewinn = 4% + x.(Gesamt Summe d.
1.	Kommanditistengesamtheit	105 000	4200 + 12.
2.	A.	0	0 + 3
3.	B.	20 000	800 + 2
4.	C.	25 000	1000 + 3
5.	D.	0	0 + 10
6.	E.	25 000	1000 +

*) Für die Zulässigk
Pinner § 122 Anm. 4, Lehm

Zweites Geschäftsjahr.

	Mitglieder	Kapitalanteile am 1. 1. 1901	Gewinnanteile = 4% Kap.-Ant. + x . (Gesamtgewinn — 4% Summe d. Kap.-Anteile)	Verteilt für 1901 bezw. entnommen Ende 1901	Nachträglich zum 31. 12. 1901 auf Sonderkonto abgebucht	Kapitalanteile zum 31. 12. 1901	Guthaben auf Sonderkonto
1.	Kommanditistengesamtheit	120000	4800 + 12 . 1000 = 16 800	29900	—	120000 + 16800 — (29900 — 2850) = 109750	—
2.	A.	6000	240 + 3 . 1000 = 3240	240	—	6000 + 3240 — 240 = 9000	—
3.	B.	24000	960 + 2 . 1000 = 2960	960	—	24000 + 2960 — 960 = 26000	—
4.	C.	26000	1040 + 3 . 1000 = 4040	2040	—	26000 + 4040 — 2040 = 28000	5100
5.	D.	20000	800 + 10 . 1000 = 10800	0	—	20000 + 10800 — 0 = 30800	—
6.	E.	38000	1520 + 6 . 1000 = 7520	20	—	38000 + 7520 — 20 = 45500	—
			45360				

Der für die Kommanditistengesamtheit berechnete Kapitalanteil von 109750 zum 31. 12. 1901 setzt sich zusammen aus:

Geleistete Einlagen auf Grundkapital	100000
Aufgeld	5000
Zuschreibung zum Reservefonds für 1900: . .	1410
„ „ „ „ 1901: . .	840
Gewinnvortrag für 1902:	2500
	109750

Drittes Geschäftsjahr.

	Mitglieder	Kapitalanteile am 1. 1. 1902	Verlustanteile $\frac{x}{36}$ des Gesamtverlusts	Entnommen Ende 1902	Nachträglich zum 31. 12. 1902 auf Sonderkonto abgebucht	Kapitalanteile zum 31. 12. 1902	Guthaben auf Sonderkonto
1.	Kommanditistengesamtheit	109750	12 . 4000 = 48000	—	—	109750 — 48000 = 61750	—
2.	A.	9000	3 . 4000 = 12000	300	—	9000 — 12000 — 300 = — 3300	—
3.	B.	26000	2 . 4000 = 8000	1040	—	26000 — 8000 — 1040 = 16960	—
4.	C.	28000	3 . 4000 = 12000	0	—	28000 — 12000 — 0 = 16000	5100
5.	D.	30800	10 . 4000 = 40000	1232	—	30800 — 40000 — 1232 = — 10432	—
6.	E.	45500	6 . 4000 = 24000	1820	—	45500 — 24000 — 1820 = 19680	—
			144000				

II. **Auszahlung bezw. Entnahme von Gesellschaftsvermögen, insbesondere von Gewinnanteilen** der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditistengesamtheit. **Umfang der Bindung des Gesellschaftsvermögens.**

a. **Regel.** Die Bindung und insbesondere das Verbot der Auszahlung von Gesellschaftsvermögen besteht in Ansehung des dem Grundkapital entsprechenden Teils (Grundvermögen) in gleicher Weise wie bei der Aktiengesellschaft (§ 215 Anm. III). Dagegen gelten für den-

keine Bindung von Gesellschaftsvermögen, und im Verhältnis der Gesellschafter zueinander nur eine Bindung in den Grenzen der §§ 122, 145. Demgemäß kann durch Satzungsänderung (§ 322 Anm. III d) ein Erlaß von Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter und mit Zustimmung der Generalversammlung (ohne Satzungsänderung; § 322 Anm. III d) eine Rückzahlung geleisteter Einlagen gestattet oder angeordnet werden, ohne daß die Einhaltung von Gläubigerschutzvorschriften erforderlich ist. Auch die Verteilung während Liquidation kann in Ansehung solcher Einlagen ohne Einhaltung der aktienrechtlichen Gläubigerschutzvorschriften erfolgen (§ 320 Anm. V c 14). „Die betreffenden Kapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter sind nicht etwa, wie das Aktienkapital, als unveränderliche Passivposten in die Bilanz einzustellen, sondern der auf einen persönlich haftenden Gesellschafter fallende Anteil am Verlust eines Geschäftsjahrs wird von seinem Kapitalanteil abgeschrieben, und, wenn das Geschäftsergebnis des folgenden Jahrs — für sich betrachtet — einen Gewinn aufweist, ist ein entsprechender Anteil hieran (§ 168) dem persönlich haftenden Gesellschafter gutzuschreiben und nach Maßgabe des § 122 auf Verlangen auszuzahlen" (D. 179; vgl. auch § 180).

b. **Ausnahmen** von der Nichtbindung des den Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter entsprechenden Teils des Gesellschaftsvermögens schreibt der § 329 Abs. 1 und 2 vor, und hierin allein besteht seine Bedeutung. Er greift nicht in die Berechnung der Gewinn- und Verlustanteile, sondern lediglich in die Auszahlung ein. Außer aus § 329 folgt eine Beschränkung in der Auszahlung von Gesellschaftsvermögen an die persönlich haftenden Gesellschafter mittelbar auch aus der Verpflichtung zur Konkursanmeldung bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (§ 240 Abs. 2, § 325 Nr. 8). Die Bestimmungen des § 329 sind nicht änderbar durch Satzung.

1. Verbot von Auszahlung oder Entnahme während bestehender Unterbilanz (§ 329 Abs. 1).

„Unterbilanz" (D. 180: „Unterbilanz der Gesellschaft") steht hier wohl nicht im Sinn von „Bilanzverlust" (§ 261 Nr. 6), sondern im Sinn von „Verlustvortrag", d. h. des Bilanzverlusts abzüglich etwaiger Deckung desselben aus dem Zwangsreservefonds oder freiwilligen Reservefonds. Und zwar ist wohl gemeint der für die Kommanditistengesamtheit gemachte Verlustvortrag zuzüglich eines etwaigen Überschusses der Passivkapitalanteile über die Aktivkapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter. Ist ein Verlustvortrag gemacht, so würden nach § 122 die persönlich haftenden Gesellschafter während des nun beginnenden Jahres 4 vom Hundert ihrer etwa noch bestehenden Guthaben auf Kapitalkonto entnehmen können, und, wenn im nächsten Jahr — für sich betrachtet — ein Jahresgewinn erzielt wird, demnächst die Auszahlung ihrer Gewinnanteile fordern können. Dies Recht soll ihnen durch § 329 nur für den Fall genommen werden, daß die „Unterbilanz" größer ist als die Summe der Kapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter. „Es kommt darauf an, ob nicht die Unterbilanz nur darauf beruht, daß neben dem Grundkapital zugleich die außerhalb desselben bestehenden Kapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter in den Bilanzpassiven enthalten sind" (D. 180). CosackHR. § 123 VIII 6 a führt die nach seiner Angabe in § 329 Abs. 1 enthaltene Vorschrift: „Auszahlung ist unstatthaft, wenn Kapitalanteile + Grundkapital — Reinvermögen größer als Kapitalanteile" zurück auf den einfachen Satz: „Auszahlung ist statthaft solange Reinvermögen größer als Grundkapital." Hierbei ist jedoch das etwaige Bestehen eines Zwangsreservefonds nicht berücksichtigt. Die Auszahlung ist daher in Wahrheit nur statthaft, solange das Reinvermögen größer ist als Grundkapital + Zwangsreservefonds.

Die Ausdrucksweise des Gesetzes in § 329 beruht, wie es scheint, auf der Voraussetzung, daß auch in die Bilanz der KAG. — wie in diejenige der oHG. — das Kapitalkonto der persönlich haftenden Gesellschafter in derjenigen Höhe aufzunehmen

anteils der Kommanditistengesamtheit erst nach Abschluß der Bilanz, in Ansehung des Gewinnanteils der persönlich haftenden Gesellschafter aber vorher erfolgen müßte, und auch die dann im Fall eines Bilanzverlusts unter Umständen erforderliche Vorwegabschreibung von Teilen des Reservefonds zu gunsten der Kapitalkonten der persönlich haftenden Gesellschafter kaum mit der Vorschrift des § 262 vereinbar ist, daß der Verlust, für den der Reservefonds verwendet wird, sich aus der Bilanz ergeben müsse.

In § 329 Abs. 1 Satz 1 ist zwecks größerer Deutlichkeit hervorgehoben, daß die Vorschrift sich nur auf die „nicht in Aktien bestehenden" Kapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter bezieht. Für die Grundkapitalanteile („diejenigen Kapitalanteile, welche in Aktien bestehen"; vgl. § 179 Anm. III a) der persönlich haftenden Gesellschafter finden inbetreff Gewinnberechnung und Gewinnauszahlung dieselben Regeln Anwendung wie für alle anderen Grundkapitalanteile (D. 179). — „Solange" eine solche Unterbilanz besteht, oder — was wohl zu ergänzen (vgl. § 169 Anm. II b) — durch die Entnahme die Summe der Kapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter unter den Betrag des Verlustvortrags herabgehen würde, ist auch eine andere Entnahme als diejenige des Gewinnanteils unzulässig (§ 329 Abs. 1 Satz 2); insbesondere also auch diejenige eines jährlichen Betrags von vier vom Hundert des Guthabens auf Kapitalkonto (D. 180).

2. Zwangsreservefonds (§ 329 Abs. 2). Die Vorschrift des § 329 Abs. 2 findet auf jeden den persönlich haftenden Gesellschaftern als solchen zukommenden Anteil am Jahresgewinn Anwendung, unerheblich, ob in der Bilanz Verlust oder Gewinn für das nächste Jahr vorgetragen wird. Sie ist aufgenommen namentlich mit Rücksicht auf die Möglichkeit, daß sich auch im Fall einer Unterbilanz ein Gewinn für die persönlich haftenden Gesellschafter ergibt (D. 180). — Ob trotz Unterbilanz auch von dem Jahresgewinn der Kommanditistengesamtheit eine Zuschreibung zum Reservefonds zu erfolgen hat, vgl. § 262 Anm. II a 1.

c. **Beispiel.** Nachstehend die Bilanzen und Gewinnverteilungen, welche dem oben (Anm. I b) gegebenen Beispiel der Berechnung von Kapitalanteilen entsprechen würden:

Eröffnungs-Bilanz.

A.	0	
B.	0	
C.	5 000	
D.	40 000	
E.	35 000	
	80 000	80 000
		270 000

B.	20 000	
C.	30 000	
D.	40 000	
E.	60 000	
	150 000	150 000
Reservefonds (Aufgeld)		5 000
		270 000

Aktiva. Bilanz zum 31. Dezember 1900. Passiva.

Aktiva

Kapitalkonto	
Nicht eingefordert auf Grundkapital . .	15 000
Rückständige Einlagen der pers. haftenden Gesellschafter	80 060
Verschiedene Sachen und Forderungen . . .	352 800
	447 800

Passiva

Kapitalkonto		
Grundkapital		115 000
Einlageversprechen der pers. haftenden Gesellschafter		150 000
Reservefonds (Aufgeld)		5 000
Verschiedene Verbindlichkeiten		100 000
Gewinn- und Verlustkonto		
Jahresgewinn	79 000	
Gewinnanteil der Kommanditistengesamtheit	28 200	28 200
Gewinnanteil der pers. haftenden Gesellschafter	50 800	
Abzüglich Entnahmen	1 700	
	49 100	49 100
		447 800

Der Bilanzgewinn der Kommanditistengesamtheit ist wie folgt verteilt:

An Reservefonds 5% von 28 200 = ...			1 410 M.
Verteilt an Kommanditanteilberechtigte: A.	900		
B.	0		
C.	900		
D.	900		
E.	1 800		
„Kommanditisten“ (§ 320 Anm. I b)	5 850		
		10 350	10 350 „
Gewinnvortrag für Kommanditistengesamtheit			16 440 „
			28 200 „

Der Gewinnanteil der persönlich haftenden Gesellschafter, soweit er nicht bereits vorweg entnommen, ist wie folgt verteilt:

An Reservefonds 5% von 50 800 = ...	2 540 M.
Übertragen auf Sonderkonto des Gesellschafters C.	5 100 „

Zugeschrieben auf Kapitalkonto der pers. haftenden Gesellschafter:

	Gewinnanteil		Reservef.		Entnahme		Sonderkonto			
A.	6 000	—	300	—	0	—	0	=	5 700	
B.	4 800	—	240	—	800	—	0	=	3 760	
C.	7 000	—	350	—	900	—	5 100	=	650	
D.		—	1000	—	0	—	0	=	19 000	
E.		—	650	—	0	—	0	=	12 350	
									41 460	41 460 „
										49 100 „

Bilanz zum 31. Dezember 1901. Passiva.

·dkapital . .		15 000	Kapitalkonto	
erf. haftenden			Grundkapital	115 000
			Guthaben des A.: 0 + 5 700	5 700
			„ „ B.: 20 000 + 3 760	23 760
ehreinl. Rckstd.			Einlageversprechen des C.:	30 000
700			„ „ D.:	40 000
760			„ „ E.:	60 000
	4 350	4 350	Reservefonds, und zwar	
	21 000	21 000	Guthaben der Kommanditistengesamtheit: 5 000 + 1 410 = 6 410	
	22 650	22 650		
;en . . .		384 050	„ des A.: 300	
			„ „ B.: 240	
			„ „ C.: 350	
			„ „ D.: 1000	
			„ „ E.: 650	
			8 950	8 950
			Guthaben des C. auf Sonderkonto	5 100
			Verschiedene Verbindlichkeiten	100 000
			Gewinn- und Verlustkonto	
			Gewinnvortrag für Kommanditistengesamtheit 16 440	
			Jahresgewinn 45 360	
			Gewinnanteil der Kommanditistengesamtheit 16 800	
			„Gewinn“ (§ 261 Nr. 6) . . . 33 240	33 240
			Gewinnanteil der perf. haftenden Gesellschafter 28 560	
			Abzüglich Entnahmen 3 260	
			25 300	25 300
		447 050		447 050

·manditistengesamtheit ist wie folgt verteilt:

·onds 5% von 16 800 = ...			840 Mk.
Kommanditanteilberechtigte:	A.	2 600	
	B.	0	
	C.	2 600	
	D.	2 600	
	E.	5 200	
	„Kommanditisten“ .	16 900	
		29 900	29 900 „
für Kommanditistengesamtheit: 16 440 + (16 800 − 840) − 29 900 =			2 500 „
			33 240 „

·ch haftenden Gesellschafter, soweit er nicht wie folgt verteilt:

·% von 28 560 = ... 1 428 Mk.

Kapitalkonto der perf. haftenden Gesellschafter:

·nnanteil		Reservef.		Entnahme			
·240	−	162	−	240	=	2 838	
960	−	148	−	960	=	1 852	
·040	−	202	−	2 040	=	1 798	
·300	−	540	−	0	=	10 260	
	−	376	−	20	=	7 124	
						23 872	23 872 „
							25 300 „

Bilanz zum 31. Dezember 1902.

Aktiva.

Kapitalkonto		
Nicht eingefordert auf Grundkapital . .		15 000
Rückständige Einlagen der pers. haftenden Gesellschafter:		
Rückstand am 31/12. 1901 — Zugeschrieben		
C. 4 850 — 1 798 =		2 552
D. 21 000 — 10 260 =		10 740
E. 22 650 — 7 124 =		15 526
Verschiedene Sachen und Forderungen . . .		205 758
Gewinn- und Verlustkonto		
Gewinnvortrag für Kommanditistengesamtheit	2 500	
Jahresverlust 144 000		
Verlustanteil der Kommanditistengesamtheit. 48 000		
„Verlust" (§ 261 Nr. 6) . . .	45 500	45 500
Verlustanteil der pers. haftenden Gesellschafter 96 000		
Zuzüglich Entnahmen 4 392		
	100 392	100 392
		395 468

Passiva.

Kapitalkonto		
Grundkapital		115 000
Guthaben des A.: 5 700 + 2 838		8 538
„ „ B.: 23 760 + 1 852		25 612
Einlageversprechen des C.		30 000
„ „ D.		40 000
„ „ E.		60 000
Reservefonds		
Guthaben der Kommanditistengesamtheit 6 410 + 840 =	7 250	
„ des A. 300 + 162 =	462	
„ „ B. 240 + 148 =	388	
„ „ C. 350 + 202 =	552	
„ „ D. 1 000 + 540 =	1 540	
„ „ E. 650 + 376 =	1 026	
	11 218	11 218
Guthaben des C. auf Sonderkonto		5 100
Verschiedene Verbindlichkeiten		100 000
		395 468

Der Bilanzverlust der Kommanditistengesamtheit ist wie folgt verteilt:

Aus Reservefonds	7 250
Verlustvortrag für Kommanditistengesamtheit	38 250
	45 500

Der Verlustanteil der persönlich haftenden Gesellschafter, zuzüglich des vorweg Entnommenen, ist wie folgt verteilt:

	Verlustanteil		Entnahme		Abgeschr. auf Res.Fds.		Abgeschr. auf Kapitalkonto		
A.	12 000	+	300	=	462	+	11 838		
B.	8 000	+	1 040	=	388	+	8 652		
C.	12 000	+	0	=	552	+	11 448		
D.	40 000	+	1 232	=	1 540	+	39 692		
E.	24 000	+	1 820	=	1 026	+	24 794		
					3 968	+	96 424	=	100 392

Die „nicht in Aktien bestehenden" Kapitalanteile (§ 329 Abs. 1) betragen am 1. Januar 1903 (oben Anm. I b drittes Geschäftsjahr):

A.		— 3 300
B.	+ 16 960	
C.	+ 16 000	
D.		— 10 432
E.	+ 19 680	

52 640 — 13 732 = 38 908 Mk.

Da dieser Betrag zwar kleiner ist als der Bilanzverlust (45 500), aber größer als der Verlustvortrag für die Kommanditisten[illegible] Gesellschafter B. C. E nach § 122 Abs. 1, § 329

IV. Auflösung, Ausscheiden, Liquidation (§§ 330, 331).

§ 330.

Auflösung, Ausscheiden.

In Betreff der Thatsachen, durch welche die Auflösung der Kommanditgesellschaft auf Aktien herbeigeführt wird, sowie in Betreff des Ausscheidens eines von mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern aus der Gesellschaft finden die für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften mit folgenden Maßgaben Anwendung.

Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Kommanditisten hat die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge; die Gläubiger eines Kommanditisten sind nicht berechtigt, die Gesellschaft zu kündigen.

Für die Kündigung durch die Kommanditisten sowie für ihre Zustimmung zur Auflösung der Gesellschaft ist ein Beschluß der Generalversammlung erforderlich; der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Das Gleiche gilt in Betreff des Antrags auf Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliche Entscheidung. Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse für die Beschlußfassung aufstellen.

Das Ausscheiden von persönlich haftenden Gesellschaftern kann außer dem Falle der Ausschließung nur stattfinden, soweit es im Gesellschaftsvertrage für zulässig erklärt ist.

Die Auflösung der Gesellschaft sowie das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters ist von sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Vorschrift des § 143 Abs. 3 findet Anwendung.

ADH. Art. 175a Nr. 6, 199, 200. **Entw. I** § 301. **Entw. II** § 321.

I. Auflösung der Gesellschaft.
II. Ausscheiden persönlich haftender Gesellschafter.
III. Ausscheiden von Kommanditisten.
IV. Anmeldung von Auflösung und Ausscheiden.

I. Auflösung der Gesellschaft. Vgl. § 320 Anm. Vc 12.

a. Umfang der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Kommanditgesellschaft (§ 330 Abs. 1). Nur bezüglich der einzelnen Auflösungs*gründe*, nicht auch bezüglich der *Folgen* der Auflösung erklärt § 330 Abs. 1 die für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften für anwendbar (D. 180). Die Vorschriften sowohl des § 330 Abs. 2 wie des § 330 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 ergeben sich als Folgerungen daraus, daß die Vorschriften über die Kommanditisten der Kommanditgesellschaft, soweit sie *überhaupt* anwendbar sind (§ 320 Abs. 2, § 330 Abs. 1), nur in der Weise Anwendung finden können, daß die Kommanditisten*gesamtheit* der KAG. wie *ein* Kommanditist der KG. behandelt wird (§ 320 Anm. IIIa). — Über die einzelnen Auflösungsgründe vgl. § 320 Anm. VId, f11, § 330 Anm. Ib, c. Insbesondere über die Frage der Anwendbarkeit des § 177 vgl. § 320 Anm. VId 1δ. Über die Folgen der Auflösung vgl. § 320 Anm. VII, § 331.

b. Konkurs des Kommanditisten oder Kündigung durch Gläubiger eines Kommanditisten (§ 330 Abs. 2). Daß in beiden Fällen *keine* Auflösung der KAG. eintrete, bestimmt § 330 Abs. 2,

Kommanditistengesamtheit (CosackHR. § 123 IX 1b; dagegen Staub⁸-Pinner Anm. 15); doch ist im Gesetz die Möglichkeit von Schulden der Kommanditistengesamtheit nicht ins Auge gefaßt (vgl. z. B. § 328 Anm. IV b).

c. **Entschließungen der Kommanditisten betreffs Auflösung** (§ 330 Abs. 3). Der § 330 Abs. 3 behandelt die drei Fälle der Kündigung der Gesellschaft durch die Kommanditisten (§§ 132, 134, 131 Nr. 6), der Zustimmung der Kommanditisten zu einer Vereinbarung über Auflösung (§ 131 Nr. 2, D. 180) und des Antrags der Kommanditisten auf Auflösung durch gerichtliche Entscheidung (§§ 133, 131 Nr. 6). Entsprechendes muß auch von der Beteiligung der Kommanditisten an einem Antrag auf Ausschließung eines persönlich haftenden Gesellschafters gelten (§ 140; vgl. § 330 Abs. 4; dagegen Pinner Anm. IV, Ring Nr. 11). In allen diesen Fällen ist nicht die Erklärung eines einzelnen Kommanditisten, sondern nur die Erklärung der Kommanditistengesamtheit erheblich. Für diese Erklärung ist nach der Bestimmung des § 330 ein Beschluß der Generalversammlung erforderlich. Die in § 330 Abs. 3 hierfür vorgeschriebene erschwerte Mehrheit entspricht derjenigen, welche der § 292 Nr. 2 für den Auflösungsbeschluß bei der Aktiengesellschaft erfordert (D. 180, § 292 Anm. I b). Die persönlich haftenden Gesellschafter können auch bezüglich ihrer Kommandit-Anteilrechte („Aktien") nicht bei der Beschlußfassung vertreten sein (§ 327 Abs. 1; vgl. § 324 Anm.). Der § 330 Abs. 3 bestimmt nichts darüber, ob für die Wirkung der Willenserklärung der Kommanditistengesamtheit nach außen, gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern bezw. dem Gericht, die Fassung des Beschlusses auch genügend ist, oder ob noch die Übermittelung dieser Erklärung durch die Vertretungsbehörde der Kommanditistengesamtheit, in der Regel den Aufsichtsrat, hinzukommen muß. Für die an das Gericht zu stellenden Anträge auf Auflösung oder Ausschließung ist eine hinzukommende Übermittelung durch den Aufsichtsrat oder besonders gewählte Vertreter (§ 328 Abs. 2) jedenfalls erforderlich. Das Gleiche wird aber auch von den anderen in § 330 Abs. 3 behandelten Erklärungen zu gelten haben (ebenso Pinner Anm. II 2 und Staub⁸-Pinner Anm. 11 bezüglich der Kündigungserklärung; dagegen Ring Nr. 3); denn da die Generalversammlung der KAG. nicht Vertreterin der Gesellschaft, sondern nur der Kommanditistengesamtheit ist (§ 320 Anm. V c 9), so handelt es sich hier nicht um eine unselbständige Zustimmungserklärung einer Vereinsbehörde gegenüber Mitgliedern in Vereinsangelegenheiten, sondern um eine selbständige Vertragsabschluß-Erklärung zwischen mehreren Vereinsmitgliedern (Kommanditistengesamtheit und persönlich haftende Gesellschafter) untereinander (vgl. § 250 Anm. IV c 2).

II. **Ausscheiden persönlich haftender Gesellschafter.** Vgl. § 320 Anm. V c 13. Im Ausscheiden liegt keine Satzungsänderung (§ 320 Anm. V c 13, § 322 Anm. I).

a. **Die anzuwendenden Vorschriften** sind nach § 330 Abs. 1 diejenigen über die Kommanditgesellschaft mit der Maßgabe in § 330 Abs. 4.

1. Ausschließung. Der § 330 Abs. 4 enthält keine Maßgabe bezüglich des Falls der Ausschließung (§ 140); hierfür sollen daher die Vorschriften über die Ausschließung eines persönlich haftenden Gesellschafters ohne Maßgabe zur Anwendung kommen; soweit hierbei eine Mitwirkung der Kommanditisten erforderlich, ist § 330 Abs. 3 entsprechend anzuwenden (oben Anm. I c).

2. Die sonstigen Fälle des Ausscheidens. Ein Ausscheiden in anderen Fällen als demjenigen der Ausschließung ist nach § 330 Abs. 4 nur zulässig, wenn in der Satzung gestattet. Dies gilt sowohl von einem Ausscheiden gemäß Vereinbarung mit dem Ausscheidenden wie auch von dem Ausscheiden ohne seinen Willen (§ 141). Eine in die Satzung aufgenommene Vereinbarung, daß wenn ein Gesellschafter kündige oder sterbe oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet werde, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (§ 138), ist als genügende Satzungsfestsetzung über das „Ausscheiden" eines Gesellschafters anzusehen; der § 138 wird daher durch § 330 Abs. 4 nicht berührt. Ob § 330 Abs. 4 die Anwendung des § 139 Abs. 2 (Ausscheiden

bildet, vgl. § 320 Anm. VI d 9. — Ob die Bestimmung in der ursprünglichen Satzung oder durch spätere Satzungsänderung getroffen, ist unerheblich (§ 182 Anm. I, § 275 Anm. I c). Zulässig ist, daß die Satzung das Ausscheiden nur für bestimmte Fälle oder nur unter bestimmten Bedingungen freigibt („soweit"). — Eine Vereinbarung über das Ausscheiden, die sich nicht innerhalb des durch die Satzung etwa für zulässig Erklärten hält, ist nichtig (D. 181).

b. **Ausscheiden des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters.** Der § 330 Abs. 1 erklärt für entsprechend anwendbar die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft auf das Ausscheiden eines von mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern. „Daß sowohl die Ausschließung als jedes sonstige Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters nur möglich ist, wenn mindestens noch ein anderer Gesellschafter dieser Art übrig bleibt, ist selbstverständlich und braucht nicht besonders im Gesetz ausgesprochen zu werden" (D. 181; § 320 Abs. 1, § 131 Anm. I h, § 161 Anm. II b 19); ob § 142 entsprechend anwendbar, vgl. § 320 Anm. VI d 12. Der Tod des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters hat die Auflösung der Gesellschaft nicht stets, sondern nur dann zur Folge, wenn dessen Erben nicht an seine Stelle treten (vgl. KGJ. 11 34, oben § 320 Anm. VI d 9).

III. **Ausscheiden von Kommanditisten.**

a. **Ausscheiden einzelner Kommanditisten.** Für das Ausscheiden einzelner Kommanditisten sind nicht die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft, sondern diejenigen über das Ausscheiden von Aktionären der Aktiengesellschaft maßgebend (§ 330 Abs. 3); vgl. über Austritt: § 250 Anm. II c 1, Übertragung: § 179 Anm. II c, Verwirkung: § 212 Anm. I d, Verlustigerklärung: § 219 Anm. III, Einziehung: § 227, Enteignung bei Zusammenlegung: § 290.

b. **Ausscheiden der Kommanditistengesamtheit?** Unter Ausscheiden wird verstanden, daß der Ausscheidende aufhört, Mitglied zu sein, und daß gleichzeitig sein bisheriges Anteilrecht ohne Liquidation des Gesellschaftsvermögens sich in ein Forderungsrecht gegenüber der Gesellschaft verwandelt. Zweifelhaft kann sein, ob die Fortsetzung der bisherigen Rechtspersönlichkeit trotz der durch Ausscheiden der Kommanditistengesamtheit eintretenden Änderung der Gesellschaftsform an sich zulässig wäre (vgl. § 131 Anm. I i, § 330 Abs. 1, § 320 Anm. III a). Jedenfalls aber stehen die öffentlichrechtlichen Liquidationsvorschriften dem Ausscheiden ohne Liquidation entgegen (ebenso Staub[8]-Pinner § 334 Anm. 7, Ring Nr. 13). Da das einzelne Mitglied, mithin auch die Kommanditistengesamtheit, kein Eigentum an einem bestimmten Bruchteil des Gesellschaftsvermögens hat, so ist auch nicht gangbar der Ausweg, daß etwa nur der auf die Kommanditistengesamtheit entfallende Vermögensbruchteil zu liquidieren sei. — Bei vollständigem Fortfall der Kommanditistengesamtheit (z. B. durch Einziehung aller Kommanditanteile) fällt der letztere Grund fort, da in diesem Fall ohnedies keine Liquidation nach aktienrechtlichen Vorschriften eintreten kann (§ 292 Anm. I d); in diesem Fall hängt mithin die Entscheidung davon ab, ob bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft (§ 330 Abs. 1) das Ausscheiden des einzigen Kommanditisten (§ 320 Anm. III a) ohne Auflösung der Gesellschaft, vielmehr unter deren Umwandlung in eine oHG., für zulässig erachtet wird; dies aber ist zu bejahen (§ 131 Anm. I i; dagegen Ring Nr. 13, Staub[8]-Pinner Anm. 25). Keinesfalls wird bei Fortfall der Kommanditistengesamtheit irgend ein Teil des Gesellschaftsvermögens herrenlos (Staub[8]-Pinner Anm. 25).

IV. **Anmeldung von Auflösung und Ausscheiden** (§ 330 Abs. 5). Vgl. § 143 Anm. I—III, § 293 Anm. II–IV. Der § 330 Abs. 5 soll eine Abweichung von § 143 (vgl. § 162 Abs. 3) nur insoweit enthalten, daß in § 143 Abs. 1 und 2 das Wort „Gesellschafter" ersetzt wird durch „persönlich haftender Gesellschafter". Daß in § 330 Abs. 5 — abweichend von § 143 Abs. 1 — die Ausnahme nicht besonders hervorgehoben ist, daß eine Anmeldung der Auflösung nicht erforderlich ist, wenn sie infolge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der

§ 331.

Liquidatoren.

Sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, erfolgt die Liquidation durch sämmtliche persönlich haftende Gesellschafter und durch eine oder mehrere von der Generalversammlung gewählte Personen als Liquidatoren.

Zu dem Antrag auf Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren durch das Gericht ist auch jeder persönlich haftende Gesellschafter befugt.

ADH. Art. 205 Abs. 1, 206. **Entw. I** § 302. **Entw. II** § 322

I. **Liquidation.** Über die Frage, ob neben Vorschriften über die AG. Vorschriften über die KG. anwendbar sind, vgl. § 320 Anm. Vc 14. Über die Anwendbarkeit der *einzelnen* in Betracht kommenden Vorschriften vgl. § 320 Anm. VId 15—22, 1 3ff.

II. **Berufung von Liquidatoren.** Der § 331 Abs. 1 ersetzt für die KAG. den für die AG. geltenden § 295 Abs. 1, der § 331 Abs. 2 ergänzt den § 295 Abs. 2, 3.

a. **Durch Gesetz.** Liquidatoren sind bei der KAG. die sämtlichen persönlich haftenden Gesellschafter (§ 146 Anm. I) und ein oder mehrere von der Generalversammlung Gewählte (§ 331 Abs. 1). Der § 146 Abs. 1 Satz 2, wonach mehrere Erben eines persönlich haftenden Gesellschafters einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen haben, und der § 146 Abs. 3, wonach bei Konkurs über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters der Konkursverwalter an dessen Stelle tritt, sind in Ergänzung des § 331 Abs. 1 auch hier für anwendbar zu erachten (§ 320 Abs. 2). Wieviele Personen die Generalversammlung wählen will, bleibt ihr überlassen; die Wahl bedarf nicht der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter (§ 327 Anm. IIIa 1), da die Generalversammlung hierbei noch in höherem Grad als bei Bestellung des Aufsichtsrats vorzugsweise das besondere Interesse der Kommanditistengesamtheit wahrnimmt, wenngleich die Gewählten durch die Wahl Mitglieder einer Behörde der *Kommanditaktiengesellschaft* werden. Die Wahl kann vor oder nach Auflösung erfolgen (vgl. § 295 Anm. Ib). Sie ist ein *Recht*, keine Pflicht der Generalversammlung (Staub[s]-Pinner § 330 Anm. 17, Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 2); man wird daher wohl annehmen müssen, daß, bis eine Wahl erfolgt, die persönlich haftenden Gesellschafter *allein* als Liquidatoren amten können (zust. Ring Nr. 2, Goldmann Nr. 2).

b. **Durch Satzung.** Eine etwaige Satzungsbestimmung geht auch bei der KAG. dem Gesetz vor (§ 331 Abs. 1; vgl. § 295 Anm. Ib, § 146 Anm. II).

c. **Durch gerichtliche Ernennung.** Der § 295 Abs. 2 mit der zusätzlichen Bestimmung des § 331 Abs. 2 findet Anwendung (§ 320 Abs. 3).

III. **Abberufung von Liquidatoren.**

a. **Durch Generalversammlungsbeschluß.** Eine Abberufung der durch *gerichtliche Ernennung* berufenen Liquidatoren kann, wie bei der AG. (§ 295 Abs. 3), so auch bei der KAG. (§ 320 Abs. 3) nicht durch Generalversammlungsbeschluß erfolgen. Ebensowenig nach der in § 295 Anm. IIa vertretenen Ansicht eine Abberufung der durch *Satzung* berufenen Liquidatoren. Für die KAG. ist aber der § 295 Abs. 3 Satz 2 noch weiter dahin einzuschränken, daß auch nicht *diejenigen* Liquidatoren kraft *Gesetz*, welche in ihrer Eigenschaft als persönlich haftende Gesellschafter berufen sind, abberufbar durch einfachen Generalversammlungsbeschluß sind (Staub[s]-Pinner § 330 Anm. 17, Ring Nr. 5); denn die Bestimmung des § 295 Abs. 3 Satz 2 entspricht der Bestimmung des § 295 Abs. 1, wonach durch Beschluß der Generalversammlung andere als die gesetzlich berufenen Liquidatoren bestellt werden können, diese Bestimmung des § 295 Abs. 1 gilt aber für die KAG. nicht, sondern ist durch § 331 Abs. 1 ersetzt. Der § 295 Abs. 3 Satz 2 ist daher bei der KAG. nur in der Beschränkung anwendbar, daß *diejenigen* unter den kraft *Gesetz* berufenen Liquidatoren, welche gemäß § 331 Abs. 1 in ihrer Eigenschaft als Gewählte der General-

gliedern des Aufsichtsrats, welche einseitig durch die Generalversammlung erfolgen kann, trotzdem auch der Aufsichtsrat Gesellschaftsbehörde ist (§ 327 Anm. III a 1); durch die Abberufung der gewählten Liquidatoren werden auch nicht die übrigen Liquidatoren lahmgelegt, da, solange keine Neuwahl stattfindet, die übrigen Liquidatoren allein amten können (oben Anm. II a).

b. **Durch Beschluß der Generalversammlung und übereinstimmende Erklärungen aller persönlich haftenden Gesellschafter** (bezw. der Erben oder des Konkursverwalters) sind abberufbar nicht nur die von der Generalversammlung gewählten Liquidatoren (oben zu a), sondern auch diejenigen, welche kraft ihrer Eigenschaft als persönlich haftende Gesellschafter durch Gesetz als Liquidatoren berufen sind (§§ 147, 320 Abs. 2); aber wohl nicht auch die durch das Gericht ernannten (vgl. § 295 Abs. 3 Satz 2).

c. **Durch das Gericht.** Der § 295 Abs. 3 Satz 1 mit der zusätzlichen Bestimmung des § 331 Abs. 2 findet Anwendung (§ 320 Abs. 3).

V. Umwandlung in Aktiengesellschaft (§§ 332—334).

§ 332.

Umwandlungsbeschluß.

Eine Kommanditgesellschaft auf Aktien kann durch Beschluß der Generalversammlung und aller persönlich haftenden Gesellschafter in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden.

Die Vorschriften über eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags finden Anwendung.

Die Antheile der der Umwandlung zustimmenden Mehrheit der Kommanditisten müssen mindestens ein Viertheil des nicht auf Aktien der persönlich haftenden Gesellschafter fallenden Theiles des Grundkapitals darstellen. In dem Beschlusse sind die zur Durchführung der Umwandlung erforderlichen Maßregeln, insbesondere die Firma sowie die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes, festzusetzen.

ADH. Art. 206 a Abs. 1, 2, 3 Satz 1, 3. **Entw. I** § 303. **Entw. II** § 323.

I. **Umwandlung der KAG. in eine AG.** Die §§ 332—334 behandeln den Fall der Umwandlung ohne Auflösung (§ 333 Abs. 3). Sie sind übernommen aus ADH. Art. 206 a „mit einer Anzahl meistens untergeordneter, zum Teil nur die Fassung betreffender Änderungen" (D. 182). Für den umgekehrten Fall der Umwandlung einer AG. durch Übertragung ihres Gesellschaftsvermögens an eine neu gegründete KAG. sind §§ 305, 306 (§ 320 Anm. VI 1 14, 15) maßgebend. Eine Umwandlung der KAG. in eine GmbH. ohne Liquidation unter entsprechender Anwendung der §§ 80, 81 GmbHG. ist für zulässig zu erachten (§ 320 Anm. V a; dagegen Staub[8]-Pinner § 334 Anm. 9, Ring Nr. 1). Dagegen ist unzulässig die ohne Auflösung erfolgende Umwandlung einer KAG. in eine offene Handelsgesellschaft durch Ausscheiden der Kommanditistengesamtheit oder in eine gewöhnliche Kommanditgesellschaft durch Verwandlung der Kommanditistengesamtheit in einzelne Kommanditisten (ebenso Pinner § 332 Anm. I 2, Staub[8]-Pinner § 334 Anm. 7, Ring § 330 Nr. 13), außer wenn einem Ausscheiden der Kommanditistengesamtheit die Liquidationsvorschriften im Einzelfall nicht entgegenstehen (§ 330 Anm. III b; streitig). Nach früherem Recht wurde in KGJ. 5 38, 6 64 eine Umwandlung der KAG. in eine KG. ohne Änderung der Rechtspersönlichkeit für zulässig erachtet.

II. **Umwandlungsbeschluß.**

stimmung der persönlich haftenden Gesellschafter zu dem Beschluß der Generalversammlung" verstanden ist (ebenso Rudorff, Pinner Anm. II, Staub[8]-Pinner Anm. 2). In beiden Fällen handelt es sich nicht um gemeinsame Beschlüsse, sondern um mehrere an sich selbständige (§ 327 Anm. III b), aber inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen der mehreren Beteiligten (persönlich haftende Gesellschafter und Kommanditistengesamtheit); nur muß die Beurkundung der mehreren Erklärungen eine gemäß § 327 Abs. 4 zusammenhängende sein.

b. **Die Vorschriften über eine Satzungsänderung finden Anwendung.** Mithin sind maßgebend § 274 Abs. 1 (§ 327 Abs. 2) für Übertragung von Fassungsänderungen an den Aufsichtsrat, § 274 Abs. 2 (unter Umständen auch § 275 Abs. 3 Satz 2) für Ankündigung der Tagesordnung, § 275 (vgl. § 327 Abs. 1) mit den zusätzlichen Bestimmungen in § 332 Abs. 3 für die Erfordernisse des Umwandlungsbeschlusses, insbesondere die erforderlichen Mehrheiten, und § 277 (§ 325 Nr. 1) mit den Maßgaben in § 333 für die Anmeldung, Eintragung, Bekanntmachung des Umwandlungsbeschlusses und die Wirkung der Eintragung oder Nichteintragung. — Wird als Durchführungsmaßregel eine Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals beschlossen, so sind auch die für Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlüsse maßgebenden Vorschriften zu beobachten. — Daß die gemäß § 333 Abs. 2 bei Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses mitzuüberreichende Bilanz durch den Umwandlungsbeschluß (so Staub[7] Anm. 5) oder auch nur in derselben Generalversammlung genehmigt werden muß, ist nicht vorgeschrieben, mithin nicht erforderlich (ebenso Pinner § 333 Anm. III 3, Staub[8]-Pinner Anm. 5, Ring Nr. 5). Die Bilanz kann — wenn nur die Frist des § 333 Abs. 2 eingehalten wird — sowohl vor wie nach dem Umwandlungsbeschluß festgestellt werden; die Absicht der D. 182, daß die Bilanz den Kommanditisten bei Fassung des Umwandlungsbeschlusses vorliege und als Grundlage für deren Entschließung diene, hat im Gesetz keinen Ausdruck gefunden (Simon § 122).

c. **Die für den Generalversammlungsbeschluß erforderliche Mehrheit.** Liegen im Einzelfall nicht etwa die Voraussetzungen des § 275 Abs. 2, 3 vor, so sind maßgebend § 275 Abs. 1 und § 332 Abs. 3 Satz 1. Hiernach sind erforderlich:

1. Einfache Stimmenmehrheit (§ 275 Anm. I b 2).
2. Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals (§ 275 Anm. I b 1) in Ermangelung einer anderen Satzbestimmung (§ 275 Anm. I c). Nur diejenigen Grundkapitalanteile, welche nicht in Händen von persönlich haftenden Gesellschaftern sind, können „bei der Beschlußfassung vertreten" sein (§ 327 Abs. 1).
3. Bestehen der zustimmenden Mehrheit aus mindestens einem Viertel des nicht auf „Aktien" der persönlich haftenden Gesellschafter fallenden Teils des Grundkapitals (§ 332 Abs. 3 Satz 1). Vgl. § 324 Anm. II.

d. **Festsetzung der zur Durchführung der Umwandlung erforderlichen Maßregeln** (§ 332 Abs. 3 Satz 2). Vgl. § 288 Anm. IV d. In Betracht kommen namentlich die erforderlichen Änderungen der Satzung und die etwaigen besonderen Abreden über Auseinandersetzung mit den persönlich haftenden Gesellschaftern. Ist mit der Umwandlung eine Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals verbunden, so sind auch diese Maßregeln im Umwandlungsbeschluß festzusetzen. Zwei Satzungsänderungen, deren Notwendigkeit stets vorliegt, sind besonders im Gesetz hervorgehoben, Festsetzung der Firma (§ 22 Abs. 1 Satz 2, § 182 Abs. 2 Nr. 1 und der Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstands (§ 182 Abs. 2 Nr. 4, § 322 Abs. 1). Sind keine besonderen Abreden über Auseinandersetzung mit den persönlich haftenden Gesellschaftern getroffen, so sind die gesetzlichen Bestimmungen maßgebend, und eine besondere Erwähnung im Umwandlungsbeschluß ist dann nicht erforderlich (Pinner

§ 333.

Anmeldung. Fortbestehen als Aktiengesellschaft.

Bei der Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses sind zugleich die Mitglieder des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Urkunden über ihre Bestellung ist beizufügen; bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister einer Zweigniederlassung bedarf es der Beifügung dieser Abschrift nicht. Auf die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft finden die Vorschriften des § 14 keine Anwendung.

Der Anmeldung ist eine von der Generalversammlung genehmigte, für einen höchstens zwei Monate vor der Anmeldung liegenden Zeitpunkt aufgestellte Bilanz beizufügen. Auf diese Bilanz finden die Vorschriften des § 261, des § 263 Abs. 1 und des § 264 Anwendung.

Mit der Eintragung scheiden die persönlich haftenden Gesellschafter aus der Gesellschaft aus; die Gesellschaft besteht von diesem Zeitpunkt an als Aktiengesellschaft fort.

ADH. Art. 206a Abs. 3 Satz 1, 2, Abs. 4 Satz 1. **Entw. I** § 304. **Entw. II** § 324.

I. Anmeldung.

a. **Anmeldungspflichtig** sind (§ 277 Abs. 1, § 332 Abs. 2) die persönlich haftenden Gesellschafter (§ 325 Nr. 1) in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§ 277 Anm. Ib, § 325 Anm. V).

b. **Ausschluß der Erzwingung durch Ordnungsstrafen.** Vgl. § 319 Anm. III. Dieser Ausschluß würde bereits aus § 332 Abs. 2 in Verbindung mit §§ 277 Abs. 1, 319 Abs. 2 folgen, ist aber in § 333 Abs. 1 Satz 3 noch besonders hervorgehoben.

c. **Inhalt** der Anmeldung sind der Umwandlungsbeschluß und die Personen der Vorstandsmitglieder (§ 333 Abs. 1 Satz 1). Beide Anmeldungen sind nach Eintragung im Hauptregister auch zu den Zweigregistern zu bewirken. Eine Anmeldung der zur Durchführung des Umwandlungsbeschlusses in letzterem beschlossenen Satzungsänderungen (§ 332 Anm. IId) liegt bereits in der Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses. — Die Vorstandsmitglieder haben ihre Unterschrift zu zeichnen (vgl. § 195 Abs. 4, § 234 Abs. 3).

d. **Beizufügende Urkunden** sind:

1. Das Protokoll (§ 277 Anm. If 1) mit etwaigem Anhang (§ 327 Abs. 4), aus denen der Umwandlungsbeschluß der Generalversammlung und die Zustimmungserklärungen der persönlich haftenden Gesellschafter hervorgehen müssen.

2. Die Urkunden über die Bestellung der Vorstandsmitglieder (§ 333 Abs. 1 Satz 2). Vgl. § 195 Anm. If 8. Diese Urkunden brauchen bei Anmeldung zu den Zweigregistern nicht beigefügt zu werden; dagegen hat die Anmeldung selbst auch zu letzteren zu erfolgen (oben Anm. Ic). Ist die erstmalige Bestellung der Vorstandsmitglieder Teil des Umwandlungsbeschlusses, z. B. wenn in demselben als Teil des Übereinkommens zwischen den bisherigen persönlich haftenden Gesellschaftern und der Kommanditistengesamtheit die ersteren oder einige von ihnen zu Mitgliedern des ersten Vorstands bestellt werden (KB. 34), so bedarf es außer dem über den Umwandlungsbeschluß aufgenommenen Protokoll keiner weiteren Urkunden, es sei denn, daß nach Inhalt des Umwandlungsbeschlusses auch die erstmalige Bestellung der Vorstandsmitglieder in anderer Weise als durch Generalversammlungsbeschluß

(unter Zustimmung der geschäftsführenden persönlich haftenden Gesellschafter; § 327 Anm. III a 2) genehmigt ist. Ob die Genehmigung der Bilanz gleichzeitig mit dem Umwandlungsbeschluß geschehen muß, vgl. § 331 Anm. II b. — In § 333 Abs. 2 Satz 2 sind nur einzelne der auf die Jahresbilanz bezüglichen Vorschriften für anwendbar erklärt. Durch Anführung des § 261 ist klargestellt, daß die aufzustellende Bilanz keine Liquidationsbilanz ist, sondern eine unter Voraussetzung der Fortsetzung des Betriebs aufgestellte Bilanz; insbesondere sind die Bewertungsvorschriften in § 261 Nr. 1–3 maßgebend, und auf die bevorstehende Verwandlung der Kapitalkonten der persönlich haftenden Gesellschafter in Schuldkonten ist nicht Rücksicht zu nehmen (Simon 455). Zulässig ist es daher, der Anmeldung die regelmäßige Jahresbilanz beizufügen, wenn die Anmeldung innerhalb der ersten zwei Monate nach Schluß des Geschäftsjahrs erfolgt (Simon 456). Andererseits ersetzt diese Bilanz, da sie für einen früheren Zeitpunkt als den der Eintragung (§ 277 Abs. 3, § 333 Abs. 3) des Umwandlungsbeschlusses aufgestellt ist, nicht die für den Zeitpunkt dieser Eintragung demnächst von dem Vorstand der AG. aufzunehmende (§ 39 Anm. II a 2) Eröffnungsbilanz (Simon 455). Durch Anführung des § 263 Abs. 1 ist die Pflicht der Auslegung des Bilanzentwurfs, durch Anführung des § 264 die Anwendbarkeit der Vorschriften über Vertagung der Bilanzgenehmigung ausgesprochen. Man wird annehmen müssen, daß durch dies Herausgreifen einzelner auf die Jahresbilanz bezüglicher Vorschriften die Nichtanwendbarkeit der übrigen ausgesprochen werden sollte. Nicht anwendbar sind daher § 260 Abs. 1 (Feststellung durch Generalversammlung; ersetzt durch § 333 Abs. 2 Satz 1), § 260 Abs. 2 (vorherige Vorlegung an den Aufsichtsrat; vgl. jedoch D. 182: „nach den für die ordentliche Jahresbilanz maßgebenden Regeln zur Genehmigung vorzulegen"), § 263 Abs. 2, 3 (Abschrifterteilung an Aktionäre; ebenso Pinner Anm. III 2, Staub[8]-Pinner § 332 Anm. 5, Ring Nr. 5), § 265 (Veröffentlichung; ersetzt durch § 334 Abs. 1), §§ 266, 267 (Revisoren zur Prüfung der Bilanz).

4. Im Fall des § 276 die Zustimmungserklärungen der einzelnen Kommanditisten. Vgl. § 277 Anm. I f. 2.
5. Genehmigungsurkunden, wenn im Einzelfall erforderlich. Vgl. § 277 Anm. I f 3.

II. **Eintragung.**

a. **Welche Tatsachen einzutragen und durch das Gericht zu veröffentlichen,** ergibt § 277 Abs. 2 (§ 332 Abs. 2).

b. **Wirkung der Eintragung.** Maßgebend ist § 277 Abs. 3 (§ 332 Abs. 2) in Verbindung mit § 333 Abs. 3. Der Umwandlungsbeschluß hat mithin keine Wirkung, bevor er bei dem Registergericht des Sitzes der KAG. im Handelsregister eingetragen worden ist. Von dem Zeitpunkt der Eintragung in diesem Register sind die persönlich haftenden Gesellschafter ausgeschieden, und die Gesellschaft besteht nunmehr als AG. fort. Es tritt keine Änderung der Rechtspersönlichkeit ein (ebenso ObLG. München 26 III 02, OLGRspr. 5 279); daher bedarf es keiner Übertragung einzelner Vermögensstücke; die AG. haftet für die Verbindlichkeiten der bisherigen KAG.; auch bleibt der bisherige Aufsichtsrat im Amt (Pinner Anm. V, Ring Nr. 6). Betreffs der fortdauernden Haftung der ausgeschiedenen persönlich haftenden Gesellschafter sind §§ 159, 160 (§ 320 Abs. 2) maßgebend (D. 181).

§ 334.

Gläubigerschutz.

Unverzüglich nach der Eintragung hat der Vorstand in den Gesellschaftsblättern die im § 333 Abs. 2 vorgesehene Bilanz zu veröffentlichen.

Er hat unter Hinweis auf die Umwandlung die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung ist dreimal in den

Den Gläubigern, deren Forderungen vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet sind, ist Befriedigung zu gewähren oder Sicherheit zu leisten, sofern sie sich zu diesem Zwecke melden.

Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths haften den Gläubigern für die Beobachtung dieser Vorschriften als Gesammtschuldner, die Mitglieder des Aufsichtsraths, soweit eine Zuwiderhandlung mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt.

ADH. Art. 206a Abs. 5. **Entw. I** § 305. **Entw. II** § 325.

I. **Veröffentlichung der Umwandlungsbilanz** (§ 334 Abs. 1). Der neue Vorstand der AG. hat in den Gesellschaftsblättern (§ 182 Anm. IVb 7) die Veröffentlichung unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121) zu bewirken. — Die Pflicht ist nicht erzwingbar durch Ordnungsstrafe (Staub[8]-Pinner Anm. 1, Ring Nr. 1).

II. **Aufforderung der Gläubiger** (§ 334 Abs. 2). Vgl. § 289 Anm. II.

III. **Befriedigung oder Sicherung von Gläubigern** (§ 334 Abs. 3). Vgl. § 289 Anm. III. Auch hier sind, wie bei Herabsetzung des Grundkapitals, und abweichend von Verteilung in der Liquidation — nur die sich meldenden Gläubiger zu berücksichtigen (D. 182). Zu den Gläubigern gehören auch die bisherigen persönlich haftenden Gesellschafter wegen ihrer etwaigen Abfindungsforderungen. — Eine Sperrzeit ist nicht vorgeschrieben (Pinner Anm. II 2, Staub[8]-Pinner Anm. 5, Ring Nr. 2); doch greift § 241 Abs. 3 Nr. 5, § 249 Abs. 3 und bei etwaiger gleichzeitiger Herabsetzung des Grundkapitals § 289 Abs. 4 ein.

IV. **Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder** (§ 334 Abs. 4). Vgl. § 306 Anm. IIIc 5. Die Vorstandsmitglieder haften dafür, daß den Vorschriften des § 334 Abs. 1—3 nicht zuwidergehandelt wird, die Aufsichtsratsmitglieder (entsprechend dem § 249 Abs. 3; vgl. § 249 Anm. III) nur dafür, daß dies nicht mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten geschieht. Die Haftung ist — abweichend von § 241 Abs. 4, § 249 Abs. 3 — keine nur ergänzende. Der § 241 Abs. 4 Satz 2 (D. 182) sowie die Verjährungsvorschriften des § 241 Abs. 5 und § 249 Abs. 4 sind für entsprechend anwendbar zu erachten (dagegen Ring Nr. 2). Für die Haftung der Gesellschaftsbeamten gegenüber der Gesellschaft sind die allgemeinen Vorschriften des § 241 Abs. 1, 2, § 249 Abs. 1, 2 maßgebend.

Fünfter Abschnitt.

Stille Gesellschaft.

§ 335.

Einlage des stillen, Rechtsstellung des haftenden Gesellschafters.

Wer sich als stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbe, das ein Anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage betheiligt, hat die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht.

I. Verhältnis zur gemeinbürgerlichen Gesellschaft und zu den Handelsgesellschaften.

a. **Die stille Gesellschaft ist** — ebenso wie die offene Handelsgesellschaft — **eine Unterart der Gesellschaft des BGB.**, auch die stille Gesellschaft fällt unter die Begriffsbestimmung des BGB. § 705 (D. 183). Demgemäß finden auch auf die stille Gesellschaft — trotzdem dies, abweichend von § 105 Abs. 2, nicht ausdrücklich hervorgehoben — die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft Anwendung, soweit in §§ 335—342 nicht ein Anderes bestimmt ist (D. 183). Mit den Vorschriften der §§ 335—342 nicht verträglich, und mithin nicht anwendbar, sind z. B. die Vorschriften des BGB. über die im Zweifel eintretende Vermögensgemeinschaft bezüglich des von den Gesellschaftern Eingelegten, über die Bindung des Gesellschaftsvermögens nach den Grundsätzen der gesamten Hand, und über das Kündigungsrecht der Gesellschafter (D. 183).

Nachstehend eine Übersicht, inwieweit die einzelnen Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft (abgedruckt hinter § 319) **als auf die stille Gesellschaft anwendbar zu erachten sind:**

1. **§ 705 BGB.** Begriff des Gesellschaftsvertrags. Anwendbar. Über den Begriff der stillen Gesellschaft vgl. unten Anm. II.
2. **§ 706 BGB.** Einlagen. Der § 706 Abs. 1 nicht anwendbar. Die Einlage des haftenden Gesellschafters hat im Zweifel nicht gleich groß zu sein wie diejenige des stillen Gesellschafters, wird vielmehr im Zweifel bestimmt durch den Betrag seines im Geschäft angelegten Vermögens zur Zeit des Beginns der stillen Gesellschaft. — Der § 706 Abs. 2 nicht anwendbar (unten Anm. V c). — Der § 706 Abs. 3 anwendbar auf den Beitrag des haftenden Gesellschafters. Auf den Beitrag des stillen Gesellschafters ist Abs. 3 nur mit der Beschränkung anwendbar, daß dessen Beitrag zwar auch (unten Anm. V a 2), aber nicht allein (unten Anm. V b) in Diensten bestehen kann.
3. **§ 707 BGB.** Erhöhung des Beitrags oder der Einlage. Anwendbar (D. 184) mit der Maßgabe, daß der stille Gesellschafter die Ergänzung seiner durch Verlust verminderten Einlage aus seinen Gewinnanteilen zu dulden hat (HGB. § 337 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2). — Wie der einzelne Gesellschafter nicht zur Erhöhung des Einlageversprechens verpflichtet, so ist er im Zweifel auch nicht einseitig hierzu berechtigt (§ 105 Anm. I h 5, RG. 25 48). Ist tatsächlich mehr Vermögen, als versprochen war, in das Geschäft gelegt oder dort belassen (vgl. z. B. HGB. § 337), so erlangt der Mehrbetrag im Zweifel hierdurch nicht die Eigenschaft einer Einlage.
4. **§ 708 BGB.** Haftung für Sorgfalt. Anwendbar. Anders bei Abwickelung schwebender Geschäfte nach Auflösung der Gesellschaft (§ 340 Anm. II d 1).

§ 716 Abs. 1 BGB. nicht anwendbar (HGB. § 338 Abs. 2); ersetzt durch HGB. § 338 Satz 1, 3. Über die Frage, ob § 716 Abs. 2 BGB. mit der Beschränkung auf die in HGB. § 338 Abs. 1 genannten Rechte anwendbar, vgl. HGB. § 338 Anm. III.

8. **§ 717 BGB.** Beschränkte Übertragbarkeit der Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis. Anwendbar. Der Geschäftsinhaber kann daher — mangels gegenteiliger Vertragsbestimmung — durch Veräußerung des Handelsgeschäfts weder Rechte noch (so daß er frei wird) Pflichten aus dem Verhältnis zum stillen Gesellschafter auf den Erwerber übertragen; durch die Veräußerung wird in der Regel die Gesellschaft aufgelöst (BGB. § 726); war die Veräußerung vertragswidrig, so tritt Schadensersatzpflicht ein (ähnlich Staub[8]-Pinner Anm. 32). Der Veräußerung steht gleich der Eintritt oder Austritt von Gesellschaftern, wenn der Geschäftsinhaber nicht juristische Person (also z. B. Einzelkaufmann, oHG., KG.) ist. Ist dagegen der Geschäftsinhaber juristische Person (z. B. AG., KAG., GmbH.), so berührt Eintritt oder Austritt von Mitgliedern nicht das Verhältnis zum stillen Gesellschafter. Auch in diesen Beziehungen kann Gegenteiliges vereinbart werden. — Über die Wirkung einer Übertragung einzelner oder aller Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis vgl. § 105 Anm. If 2, 3.

9. **§§ 718—720 BGB.** Gesellschaftsvermögen. Nicht anwendbar (unten Anm. Vc, VIIb).

10. **§ 721 BGB.** Rechnungsabschluß, Gewinn- und Verlustverteilung. Nicht anwendbar; ersetzt durch HGB. § 337.

11. **§ 722 BGB.** Gewinn- und Verlustanteile. Der § 722 Abs. 1 nicht anwendbar; ersetzt durch HGB. § 336 Abs. 1. — Der § 722 Abs. 2 anwendbar (HGB. § 336 Anm. I).

12. **§§ 723, 724 BGB.** Kündigung durch Gesellschafter. Der § 723 Abs. 1 Satz 1 und, soweit auf ihn bezugnehmend, § 724 nicht anwendbar, sondern ersetzt durch HGB. § 339 Abs. 1 Satz 1, §§ 132, 134. — Der § 723 Abs. 1 Satz 2 und 3, und mit der Beschränkung auf vorstehende Bestimmungen auch Abs. 2 und 3 sind anwendbar (HGB. § 339 Abs. 1 Satz 2); mit derselben Beschränkung auch § 724.

13. **§ 725 BGB.** Pfändung des Gesellschaftsanteils durch Privatgläubiger. Der § 725 Abs. 1 nicht anwendbar, sondern ersetzt durch HGB. § 339 Abs. 1 Satz 1, § 135. — Der § 725 Abs. 2 anwendbar.

14. **§ 726 BGB.** Endigung durch Zweckerreichung oder deren Unmöglichkeit. Anwendbar (D. 185). Über Einstellung des Gewerbebetriebs durch den haftenden Gesellschafter vgl. § 335 Anm. VIb, § 339 Anm. Ib. Veräußert der haftende Gesellschafter sein Handelsgeschäft (oben zu 8), so macht er in der Regel hierdurch die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich. Zu beachten ist indessen, daß im BGB. zwischen Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszwecks und der Unmöglichkeit der Erfüllung wesentlicher Verpflichtungen eines Gesellschafters unterschieden ist. Im letzteren Fall tritt nicht von selbst Auflösung der Gesellschaft ein; vielmehr erlangt nur der andere Gesellschafter ein Recht zu fristloser Kündigung (BGB. § 723 Abs. 1 Satz 2).

15. **§ 727 BGB.**

Auflösung durch Tod eines Gesellschafters, falls nicht aus dem Gesellschaftsvertrag sich ein anderes ergibt. Der § 727 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1, 3 anwendbar bei Tod des haftenden Gesellschafters (D. 185); nicht anwendbar bei Tod des stillen Gesellschafters (HGB. § 339 Abs. 2). Ist vereinbart, daß die stille Gesellschaft mit den Erben des haftenden Gesellschafters fortgesetzt werden soll, so können die zur Erbschaft Berufenen den Eintritt in das Vertragsverhältnis zum stillen Gesellschafter nur durch Ausschlagung der Erbschaft abwenden. — Der § 727 Abs. 2 Satz 2 anwendbar nur, insoweit ausnahmsweise dem stillen Gesellschafter die Führung von Geschäften übertragen war (vgl. oben zu §§ 709—713).

Die Auflösung der Gesellschaft oder des Vereins, welche haftende Gesellschafter sind, stehen an sich dem Tod nicht gleich; vielmehr besteht die stille

§ 177 Anm. IV; dagegen RG. 5 III 81 bei Puchelt Art. 261 Anm. 2, Lehmann § 339 Nr. 8). Dem Tod gleich steht jedoch die Auflösung unter Liquidationsausschluß, weil dann der haftende Gesellschafter vollständig fortfällt (vgl. § 177 Anm. IV). So bei der oHG. oder KG., wenn Liquidationsausschluß vereinbart, sobald das Gesellschaftsvermögen verteilt ist (§ 158, § 161 Anm. IIb 38); so bei Aufhören der AG. durch Fortfall aller Mitglieder (§ 292 Anm. Id) oder durch Übertragung des Gesellschaftsvermögens unter Liquidationsausschluß (vgl. § 304 Anm. I, IVd 1). Über Einstellung des Gewerbebetriebs vgl. oben zu 14.

Der Eintritt rechtlicher Unfähigkeit des haftenden Gesellschafters zur selbständigen Vermögensverwaltung hat (abweichend vom früheren Recht, ADH. Art. 261 Nr. 2) nicht die Auflösung der Gesellschaft zur unmittelbaren Folge; doch wird jener Umstand in der Regel ein genügend wichtiger Grund zu sofortiger Kündigung sein (D. 185); unter Umständen kann auch jene Unfähigkeit die Erreichung des vereinbarten Zwecks unmöglich machen und mithin gemäß § 726 die Endigung der Gesellschaft bewirken.

16. **§ 728 BGB.** Auflösung durch Konkurs eines Gesellschafters. Anwendbar (D. 185); auch im Fall der Konkurseröffnung über das Vermögen des stillen Gesellschafters (ebenso früher (ADH. Art. 261 Nr. 3). Der in § 728 Satz 2 angeführte § 727 Abs. 2 Satz 2 ist im Fall der Konkursöffnung über das Vermögen des haftenden Gesellschafters anwendbar nur, insoweit ausnahmsweise dem stillen Gesellschafter die Führung von Geschäften übertragen war. Der nicht in Konkurs befindliche Gesellschafter ist in Ansehung der Ansprüche, welche ihm aus der einstweiligen Fortführung der Geschäfte nach BGB. § 728 Satz 2 zustehen, Massegläubiger (KO. § 28).

17. **§ 729 BGB.** Fortdauer der Geschäftsführungsbefugnis. Anwendbar; auf den stillen Gesellschafter nur, insoweit ihm ausnahmsweise die Führung von Geschäften übertragen war. Der geschäftsführende Gesellschafter ist Massegläubiger in Ansehung der ihm nach BGB. § 729 zustehenden Ansprüche (KO. § 28).

18. **§§ 730—735 BGB.** Auseinandersetzung nach Auflösung. Nicht anwendbar (D. 186); ersetzt durch HGB. § 340. Der § 732 BGB. ist jedoch entsprechend anwendbar auf die vom stillen Gesellschafter dem haftenden Gesellschafter etwa zur Benutzung überlassenen (unten Anm. Vb 3) Gegenstände; diese Gegenstände sind zurückzugeben, nicht etwa (vgl. § 340 Anm. IIb) nur ihr Wert zu berichtigen (RG. 1 XI 93 JW. 543[27]).

19. **§§ 736—740 BGB.** Ausscheiden eines Gesellschafters, Ausschließung. Nicht anwendbar (vgl. § 340 Anm. IIa, D. 186). Bei der stillen Gesellschaft fallen Auflösung und Ausscheiden zusammen, da nur zwei Gesellschafter vorhanden sind (unten Anm. IVb, D. 186). Die Vorschriften des BGB. § 740 sind aber sachlich übernommen in HGB. § 340 Abs. 2, 3 (D. 186).

b. **Die stille Gesellschaft wird nicht von dem Begriff „Handelsgesellschaften" mitumfaßt** (HGB. Buch II Überschrift, P. 1166, D. 79, § 6 Anm. Ia 13), weil ihr die Möglichkeit des Auftretens nach außen als Gesellschaft unter selbständiger Firma fehlt (D. 79).

c. **Von der Kommanditgesellschaft insbesondere unterscheidet sich die stille Gesellschaft dadurch**, daß die Kommanditgesellschaft auch nach außen als Gesellschaft hervortritt, eine besondere Firma führt und ein selbständiges Gesellschaftsvermögen besitzt, während die stille Gesellschaft in dem Vertragsverhältnis zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber des Handelsgeschäfts aufgeht (D. 182). Die stille Gesellschaft führt keine gemeinsame Firma (unten Anm. Va 2); der stille Gesellschafter haftet nicht unmittelbar — was beim Kommanditisten (wenngleich in beschränkter Höhe) der Fall (§ 161 Anm. Ic 1) — den Gläubigern: die geleistete Einlage des stillen Gesellschafters bleibt nicht gemeinsames dem Gesellschafts-

§ 336 Abs. 2, während § 335 Abs. 2, § 336 Abs. 1 nur Folgerungen aus dem Bestehen einer stillen Gesellschaft enthalten. Hiernach ist die stille Gesellschaft eine Gesellschaft (oben Anm. Ia), deren Zweck (vgl. BGB. § 705, HGB. § 105 Abs. 1) auf den Betrieb eines Handelsgewerbes durch einen Gesellschafter („Geschäftsinhaber“, „haftender Gesellschafter“) in dessen Namen gerichtet ist, und bei der ein anderer Gesellschafter („stiller Gesellschafter“) gegen Gewinnanteil sich verpflichtet, eine Vermögenseinlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des „Geschäftsinhabers“ übergeht. — Nach der Fassung des § 335 Abs. 1 könnte scheinen, es sei möglich, „stiller Gesellschafter“ zu sein, wenn man sich an etwas Anderem als an dem von einem anderen betriebenen Handelsgewerbe und mit etwas Anderem als einer Vermögenseinlage beteilige; nur trete dann nicht die im Nachsatz des § 335 Abs. 1 ausgesprochene Folge ein. Dies ist jedoch nicht gemeint. Beteiligt sich jemand als „stiller Gesellschafter“, so ist dies gleichbedeutend mit dem Vorliegen der vier unter sich durchaus gleichstehenden und nicht teils als Voraussetzung, teils als Folge hinstellbaren Merkmale der Beteiligung (über dieselben im einzelnen unten Anm. V):

1. „an dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt“ (§ 335 Abs. 1 Vordersatz),
2. „mit einer Vermögenseinlage“ (§ 335 Abs. 1 Vordersatz),
3. mit der „Verpflichtung, die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht“ (§ 335 Abs. 1 Nachsatz; vgl. nachstehend zu b),
4. gegen „Anteil am Gewinn“ (§ 336 Abs. 2).

Da in § 335 Abs. 1 die Beteiligung „als stiller Gesellschafter“ (und mithin das Vorliegen aller jener vier Merkmale) bereits als eine der Voraussetzungen genannt ist, so spricht § 335 Abs. 1 — abgesehen davon, daß er nebenbei Teile der Begriffsbestimmung der stillen Gesellschaft erwähnt — nur den selbstverständlichen Satz aus, daß wer sich verpflichtet hat, die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht, diese Verpflichtung auch erfüllen muß (entsprechend § 211; vgl. § 211 Anm. IV).

b. Muß Übergang der Einlage des stillen Gesellschafters in das Vermögen des Haftenden versprochen sein?

Zweifelhaft ist, ob das vorstehend zu a unter 3 genannte Merkmal bei jeder stillen Gesellschaft vorhanden sein muß und daher in der Tat als eins der Begriffsmerkmale der stillen Gesellschaft anzusehen ist. In der Nürnberger Kommission wurde ein Antrag, abweichende Vertragsbestimmungen vorzubehalten, mangels Unterstützung zurückgezogen (P. 1090). D. 183 nennt unter den Vorschriften, aus denen der Begriff zu entnehmen ist, auch die des § 335 Abs. 1 Nachsatz; allerdings auch die des § 335 Abs. 2, welche letztere gewiß nicht Begriffsmerkmal, sondern Folgerung ist. Dagegen nimmt RG. 45 38 für das frühere Recht — ohne Erwähnung des neuen — an, daß der dem § 335 Abs. 1 Nachsatz entsprechende Art. 252 Abs. 1 ADH. nicht Bestandteil der Begriffsbestimmung, sondern nur eine durch Vertrag ausschließbare Folgerung sei; es sei z. B. zulässig, zu verabreden, daß die von beiden Gesellschaftern im Geschäftsbetrieb angelegten Kapitalien und sonstigen Vermögensgegenstände Miteigentum beider zu bestimmten Anteilen seien. Nach D. 183 aber sind die Vorschriften des ADH. nur „mit geringen sachlichen Änderungen“ in das HGB. übernommen.

Aus der Fassung des § 335 Abs. 1 ist nichts für die eine oder die andere Ansicht ableitbar, denn wenn allerdings das Merkmal zu 3 in den Nachsatz gestellt und mithin von den anderen Merkmalen äußerlich abgesondert ist, so steckt es doch möglicherweise auch im Vordersatz, verborgen unter den Worten „als stiller Gesellschafter“: wollte man voraussetzen, daß dies nicht der Fall, so wäre dies ein Voraussetzen des Gesuchten. Wäre die Absicht gewesen, lediglich die Merkmale im Vordersatz als zum Begriff gehörig herauszuheben, so hätte es nahe gelegen, den § 335 dahin zu fassen:

„Wer sich an dem Handelsgewerbe, das ein Anderer betreibt, mit einer Vermögens-

die Bestimmungen der §§ 335 Abs. 2, 336—342 auch für den Fall angewendet wissen wollen, daß verabredet wird, die Einlage solle nicht so geleistet werden, daß sie in das Alleineigentum des Geschäftsinhabers übergehe. Dies ist aber jedenfalls zu verneinen bezüglich der §§ 341, 342. Denn wenn das Eingelegte Miteigentum des stillen Gesellschafters geblieben, wäre — da die Schulden auf den Namen des haftenden Gesellschafters allein eingegangen — nicht einzusehen, warum der stille Gesellschafter kein Aussonderungsrecht, sondern nur das Recht als Konkursgläubiger hätte, und warum eine vor Konkurseröffnung erfolgte Aussonderung seines Eigentums anfechtbar sein sollte. Auch § 340 Abs. 1 setzt voraus, daß das Eingelegte in das Vermögen des haftenden Gesellschafters übergegangen ist; denn wie könnte dieser sonst verpflichtet werden, das Guthaben des stillen Gesellschafters in Geld herauszuzahlen, da er doch nicht die Macht hätte, ohne Mitwirkung des letzteren das gemeinschaftliche Eigentum zu versilbern. Entsprechendes gilt auch bezüglich des § 337 Abs. 1, wenn hier — was doch wohl gemeint — zu „ausbezahlt" ergänzt wird „seitens des haftenden Gesellschafters". Unzweckmäßig aber wäre eine Auslegung des Gesetzes, welche dazu nötigen würde, einen großen Teil der Bestimmungen, welche für die „stille Gesellschaft" überhaupt gegeben sind, als nur auf einen Teil der Fälle dieser Gesellschaftsform anwendbar einzuschränken.

Aus diesen Gründen wird im Gegensatz zu RG. 45 38 daran festzuhalten sein, daß eine „stille Gesellschaft" nur vorhanden ist, wenn derjenige Gesellschafter, der nicht nach außen auftreten soll, verspricht, seine Vermögenseinlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des haftenden Gesellschafters übergeht (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 25; vgl. unten Anm. Vc). Ist eine gegenteilige Vereinbarung getroffen, so ist diese allerdings nicht ungültig (RG. 45 39); nur liegt dann keine stille, sondern eine gemeinbürgerliche Gesellschaft vor, wobei nicht ausgeschlossen ist (unten Anm. III c), daß dem Willen der Vertragschließenden gemäß — soweit dieser maßgebend — auch auf eine solche Gesellschaft einzelne der Bestimmungen des HGB. über die stille Gesellschaft oder über eine andere Gesellschaftsform anwendbar sein sollen. Übrigens wird kaum durchführbar sein — es sei denn etwa durch fortgesetzten Abschluß von Verträgen über die Leistung an einen Dritten — eine Gestaltung, wonach der haftende Gesellschafter nach außen allein berechtigt sein soll, beide Gesellschafter aber Miteigentum am Gesellschaftsvermögen, mithin auch an allen Eingängen, erwerben sollen.

III. **Gesellschaftsvertrag.** Vgl. § 105 Anm. I d.

a. **Form.** Vgl. § 105 Anm. I d 3. Eine bestimmte Form des Vertrags ist nicht vorgeschrieben; es gilt der im BGB. angenommene Grundsatz der Formfreiheit mit den dort bestimmten Ausnahmen (§ 105 Anm. I d 3). So bedarf z. B. der Vertrag gerichtlicher oder notarieller Beurkundung, wenn der stille Gesellschafter ein Grundstück einzulegen verspricht (BGB. § 313. D. 183, 195; vgl. jedoch auch BGB. § 139).

b. **Vertrag das einzige Erfordernis.** Die Gesellschaft besteht, sobald der Vertrag geschlossen ist (§ 105 Anm. I d 4, II a), selbst wenn der bezweckte Betrieb noch nicht begonnen hat; die Fassung des § 335 „das ein anderer betreibt" ist ungenau; eine Abweichung vom BGB. § 705 in dieser Beziehung ist nicht als beabsichtigt anzusehen. Ebenso besteht die stille Gesellschaft bereits vor Leistung der versprochenen Einlage (Staub[8]-Pinner Anm. 13). Tatfrage ist, ob auch im inneren Verhältnis in Wahrheit ein Gesellschaftsvertrag besteht oder ob vielmehr der angebliche „Geschäftsherr" nur Angestellter des angeblichen „stillen Gesellschafters" ist (vgl. RG. 46 119). — Kein Vertrag liegt vor, wenn der geschlossene nichtig ist, z. B. wegen Wuchers (RG. 46 115).

c. **Verhältnis des Gesellschaftsvertrags zum Gesetz.** Die Mehrzahl der Vorschriften in §§ 335 ff. sind nur vertragergänzende. Einzelne Besonderheiten jedoch sind der Abänderung durch Vertrag entzogen; so namentlich (vgl. D. 183, RG. 45 37) das Recht der Kündigung der Gesellschaft durch einen Gläubiger des stillen Gesellschafters und die hierbei zu beobachtende Kündigungsfrist (§§ 339, 135), die Pflicht des stillen Gesellschafters zur Einzahlung der rückständigen Einlage im Konkurs (§ 341 Abs. 2. OLG. Hamburg 21 VI 90 HGR. 40 482.

tigung und -verpflichtung des haftenden Gesellschafters nach außen (§ 335 Abs. 2). Haben die Parteien die vereinbarte Gesellschaft als eine „stille“ bezeichnet, ohne daß sie dies in Wahrheit ist, so wird darin doch der Ausdruck des Parteiwillens zu finden sein, daß die Vorschriften über die stille Gesellschaft, soweit mit dem sonstigen Inhalt des Vertrags vereinbar, Anwendung finden sollen (RG. **45** 40).

d. **Einfluß einer Änderung von vertragergänzenden Gesetzesvorschriften auf ältere Gesellschaftsverträge.** Vgl. § 109 Anm. V.

IV. **Gesellschafter.** Vgl. § 105 Anm. I e.

a. **Wer kann Gesellschafter sein?** Sowohl stiller wie haftender Gesellschafter kann jeder sein, der rechtsfähig ist (§ 335 Abs. 1: „wer“, „ein anderer“), natürliche Personen, juristische Personen und diejenigen Gesamtheiten, die, ohne juristische Personen zu sein, diesen doch im privaten Rechtsverkehr im wesentlichen gleich zu behandeln sind (§ 105 Anm. I c 2), insbesondere eine offene Handelsgesellschaft (RG. **30** 35; oHG. als haftender Gesellschafter) und eine Kommanditgesellschaft (RG. **25** 44, Bolze **5** Nr. 736, 737: KG. als haftender Gesellschafter). Da der haftende Gesellschafter bei Abschluß des Vertrags entweder ein Handelsgewerbe bereits betreiben oder doch (oben Anm. III b) den Betrieb in Aussicht genommen haben muß, so wird bei denjenigen Personen, die einer Genehmigung für den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts bedürfen, das Vorhandensein der Genehmigung auch für den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags zu verlangen sein, bei dem sie als haftende Gesellschafter sich mit einem stillen Gesellschafter verbinden wollen.

b. **Beteiligung mehrerer als stille Gesellschafter.** Sind mehrere Personen, jede selbständig, als stille Gesellschafter mit demselben haftenden Gesellschafter verbunden, so bestehen so viele stille Gesellschaften wie stille Gesellschafter (P. 1094, D. 186, RG. **25** 45, Behrend § 91 Anm. 32). Zulässig aber ist auch, daß die mehreren Personen gemeinschaftlich in Form einer nicht selbständig rechtsfähigen Gesellschaft zur gesamten Hand (BGB. § 705) oder eines nicht rechtsfähigen Vereins (BGB. § 54) als stille Gesellschafter beitreten; in diesem Fall besteht nur eine stille Gesellschaft. Übertragen mehrere Personen einem von ihnen als Geschäftsführer Geld, und schließt letzterer in eigenem Namen mit einem haftenden Gesellschafter einen Vertrag über die Beteiligung mit jenem Geld, so ist nur der Geschäftsführer stiller Gesellschafter (Bolze **23** Nr. 568).

c. **Stellung des stillen Gesellschafters nach außen.** Der stille Gesellschafter ist Gesellschafter nur im inneren Verhältnis zum haftenden Gesellschafter. Nach außen gilt sein Verhältnis zum haftenden Gesellschafter und zu dem von diesem betriebenen Handelsgewerbe wie das eines Dritten. Er ist daher als solcher nicht Kaufmann (§ 1 Anm. IV d 3). Im Rechtsstreit des haftenden Gesellschafters kann er als Zeuge vernommen werden, auch wenn dieser Rechtsstreit auf das Handelsgewerbe sich bezieht, an dessen Ertrag er beteiligt ist. In diesem Fall wird er allerdings in der Regel am Ausgang des Rechtsstreits unmittelbar beteiligt sein (Staub[8]-Pinner Anm. 11).

V. **Beteiligung des stillen Gesellschafters.** Eine stille Gesellschaft ist nur dann vorhanden, wenn die Beteiligung eine derartige ist, daß auf sie die vier nachstehenden Merkmale zutreffen (oben Anm. II).

a. **An dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt,** oder (oben Anm. III b) auf dessen künftigen Betrieb als Zweck die stille Gesellschaft gerichtet ist.

1. Handelsgewerbe. Vgl. HGB. § 1 Anm. III a. Handelsgewerbe ist auch das Gewerbe eines Minderkaufmanns (§ 4 Anm. I b); auch mit einem Minderkaufmann als haftendem Gesellschafter kann daher eine stille Gesellschaft abgeschlossen werden (Cosack HR. § 112 I 3, Staub[8]-Pinner Anm. 9, Lehmann Nr. 3). Die Vorschriften über die stille Gesellschaft werden entsprechend auch anwendbar sein auf die Beteiligung an einem nicht handelsgewerblichen Unternehmen einer AG., KAG. oder GmbH. (vgl. § 210 Anm. III, GmbHG. § 13). — Keine stille, sondern eine gemeinbürgerliche Gesellschaft liegt vor, wenn

jedoch auch in einer Beteiligung an einem begrenzten Teil des Handelsgewerbes, z. B. einer einzelnen Zweigniederlassung oder einem einzelnen Geschäftszweig (Staub[8]-Pinner Anm. 10).

2. Das ein anderer betreibt. Der Betrieb muß hiernach im Namen des haftenden Gesellschafters erfolgen (§ 1 Anm. IVd 1). Dies ist eins der Merkmale, durch welche sich die stille Gesellschaft von der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft unterscheidet, bei denen beiden das Betreiben unter gemeinschaftlicher Firma Begriffsmerkmal ist (§ 105 Anm. IIe, § 161 Anm. Ib). Wer tatsächlich im Betrieb tätig, ist unerheblich (§ 1 Anm. IVd 1); sowohl durch Nebenabreden im Gesellschaftsvertrag wie auch durch selbständige Verträge kann die persönliche Tätigkeit dem haftenden Gesellschafter — soweit nicht öffentliches Recht (z. B. die Buchführungspflicht) entgegensteht — entzogen und dem stillen Gesellschafter zugewiesen werden (etwas abweichend RG. **31** 39); insbesondere kann der haftende dem stillen Gesellschafter Prokura oder Handlungsvollmacht erteilen (RG. **31** 39). Über die Wirkung, welche eintritt, wenn der stille Gesellschafter nach außen auftritt, als wäre er Mitinhaber des Geschäfts, vgl. § 123 Anm. IV. — Über die von dem haftenden Gesellschafter zu führende Firma vgl. §§ 18 ff., 21 ff. Nicht in das HGB. übernommen ist das in ADH. Art. 257 enthalten gewesene unbedingte Verbot, den Namen des stillen Gesellschafters in der Firma zu führen, widrigenfalls der stille Gesellschafter wie ein offener hafte (D. 184).

b. **Mit einer Vermögenseinlage.**

1. Haftungsbeschränkung. In dem Merkmal, daß stiller Gesellschafter nur ist, wer sich mit einer Vermögenseinlage beteiligt, liegt die Beschränkung, daß wenn bedungen ist, der Beteiligte solle unbeschränkt für Verlust haften, keine stille Gesellschaft vorliegt (RG. **33** 129).

2. Einlageversprechen. „Vermögenseinlage", d. h. auch hier Vermögenseinlageversprechen, vgl. § 105 Anm. Ih, § 161 Anm. Ic 3. Abweichend von § 161 ist nicht vorgeschrieben, daß ein bestimmter Betrag für die Vermögenseinlage festgesetzt werde; nach allgemeinen Grundsätzen liegt jedoch ein gültiger Vertrag nicht vor, wenn der Umfang der versprochenen Leistung nicht mindestens durch Bezugnahme auf billiges Ermessen bestimmt (BGB. §§ 315 ff.), vielmehr ganz unbestimmt ist (Staub[8]-Pinner Anm. 18). — Das Vermögenseinlageversprechen verliert seine Wirkung für die Zukunft nicht schon dadurch, daß es erfüllt wird, aber demnächst die Einlage durch Verlust aufgezehrt ist. Dagegen wird es für die Zukunft wirkungslos, wenn die Verpflichtung zur Einlageleistung wieder aufgehoben ist, z. B. wenn vereinbart ist, daß nach bestimmter Zeit das Eingelegte wieder zurückgezahlt werden und von da an nur Gewinnbeteiligung ohne Verlustbeteiligung und ohne Einlagepflicht bestehen soll; von diesem Zeitpunkt ist dann nicht mehr eine stille Gesellschaft als vorliegend zu erachten, da von da an das Merkmal der Beteiligung „mit einer Vermögenseinlage" fehlt (RG. **46** 120). — Über Beteiligungen nicht gesellschaftlicher Art vgl. § 336 Anm. IIIc.

3. Gegenstand des Einlageversprechens kann nur „Vermögen" sein. Daher liegt keine stille Gesellschaft vor, wenn der Nichtbetreibende nur Dienste leisten soll (§ 161 Anm. Ic 3, RG. **33** 129, RG. 9 XII 02 JWBeilage **03** 17[34], Staub[7] Anm. 14; dagegen Lehmann Nr. 7, LehmannHR. § 67 Nr. 1b, Goldmann Nr. 5 und, falls Schätzung in Geld möglich und der Gesellschaft hierdurch Aufwendungen erspart werden, Staub[8]-Pinner Anm. 15; dahingestellt Bolze **22** Nr. 500 falls Schätzung des Vermögenswerts der Dienste möglich). Auch dann liegt keine stille Gesellschaft vor, wenn mit der Pflicht zur Dienstleistung eine Beteiligung an Gewinn und Verlust verbunden ist (Bolze **10** Nr. 534). — Genügende Vermögenseinlage ist das Versprechen der Übertragung eines bereits bestehenden Nutzungsrechts, denn auch ein derartiges Recht ist ein Vermögensgegenstand. Geht man hiervon aus, und nimmt man ferner an, daß Einlage auch sein kann was erst durch Abgabe des Einlageversprechens Vermögenswert erhält (§ 186 Anm. IIa), so wird

Gesellschafter ein Nutzungsrecht einräumt (ebenso D. 184, Rudorff, Lehmann Nr. 8, Goldmann Nr. 5, Staub[8]-Pinner Anm. 16; dagegen Staub[7] Anm. 15). Nur ist in solchem Fall daran festzuhalten, daß Gegenstand der Einlage nicht etwa die Sache ist, an welcher ein Nutzungsrecht gewährt wird, sondern das Nutzungsrecht als solches. — Eine Vermögenseinlage liegt auch in der vertragsmäßigen Gestattung der Aufrechnung des einzulegenden Betrags mit einer Schuld des haftenden Gesellschafters an den stillen (RG. 42 4); so z. B. wenn der künftig haftende Gesellschafter das Geschäft von dem künftig stillen kauft und vereinbart wird, daß das Restkaufgeld als stille Einlage im Geschäft des Erwerbers bleibt (Staub[8]-Pinner Anm. 28), oder wenn als Gegenleistung für die Aufnahme des stillen Gesellschafters der haftende anderweite Vermögensvorteile zugewendet erhält, z. B. ein niedrig verzinsliches Darlehn und Bürgschaftsübernahme für eine ältere Schuld des haftenden Gesellschafters an einen Dritten, und wenn im Zusammenhang hiermit vereinbart wird, daß mit Rücksicht auf den Wert jener Gegenleistung die bedungene Geldeinlage des stillen Gesellschafters als bereits eingezahlt gelten soll (RG. 8 II 05 Holdheims MSchr. 214).

c. **Mit der Verpflichtung, die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht** (bzw. darin verbleibt). Über die Frage, ob auch dies Merkmal wesentlich ist für das Bestehen einer stillen Gesellschaft, vgl. oben Anm. II b. Die Worte „so, daß sie in das Vermögen übergeht" sind gewählt, um auch Fälle zu umfassen, in denen der Gegenstand der Einlage keine körperliche Sache ist, also nicht gerade „Eigentum" (BGB. §§ 903 ff.) übertragen werden soll; sie treffen „auch für Gegenstände zu, die der stille Gesellschafter dem Geschäftsinhaber nur zum Gebrauch überträgt" (D. 184; über die Frage, inwieweit dies eine Einlage sein kann, oben Anm. V b). Durch die Fassung ist gleichzeitig klargestellt, daß nicht schon durch das Einlageversprechen das Recht selbst übergeht, sondern daß, damit letzterer Erfolg erzielt wird, die entsprechenden Übertragungshandlungen hinzukommen müssen (D. 184). Wesentlich ist nur, daß ein Zustand hergestellt werden soll, in welchem das Einzulegende im Vermögen des haftenden Gesellschafters ist. Kann ohne Besitzveränderung dieser Zustand erzielt werden, so ist keine Besitzveränderung (Übertragung) erforderlich. Die Übertragungshandlung kann daher ersetzt werden z. B. durch eine Vereinbarung über Umwandlung des unmittelbaren Besitzes des stillen Gesellschafters in mittelbaren (BGB. § 930); auch durch Aufrechnung einer Schuld des haftenden Gesellschafters an den stillen mit dem von letzterem einzulegenden Betrag (vgl. oben Anm. V b). — Die Verpflichtung kann als betagte oder bedingte übernommen sein; in letzterem Fall erhält die Gesellschaft die Eigenschaft einer stillen erst vom Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung ab (vgl. oben Anm. II). — Zulässig ist, daß der haftende Gesellschafter dem stillen wegen der vom diesem einzulegenden oder eingelegten Beträge Sicherheit bestellt (ROH. 12 99, RG. 27 IX 84 GruchotBeitr. 29 996, Bolze 5 Nr. 127, RG. 27 13); wird eine nicht von vornherein bedungene Sicherheit nachträglich bestellt, so findet § 342 Anwendung (RG. 27 18, § 342 Anm. II a).

d. **Gegen Anteil am Gewinn.** Vgl. § 336 Anm. III.

VI. **Pflichten der Gesellschafter.**

a. **Pflicht des stillen Gesellschafters.** Der Stille ist verpflichtet, die Einlage, wie versprochen, zu leisten (§ 335 Abs. 1). Dies ist die einzige aus dem Gesetz sich ergebende Pflicht des stillen Gesellschafters; insbesondere ist er zu Sondergeschäften und Wettbewerb berechtigt (P. 4546). Doch können ihm durch Vertrag die Pflicht, sich dessen zu enthalten, und auch noch andere Pflichten auferlegt werden. Die Leistung der Einlage besteht in der Vornahme derjenigen Übertragungshandlungen oder sonstigen Rechtsgeschäfte, welche erforderlich sind, um den Zustand herzustellen, daß das Einzulegende sich im Vermögen des haftenden Gesellschafters befindet (oben Anm. V c). Über Erhöhung oder Verminderung der Einlage vgl. oben Anm. I a 2 (BGB. § 707), GmbH. §§ 337 Abs. 2, 340.

jenes Handelsgewerbes entfremden. Einzelne Pflichten, insbesondere auf Auszahlung des Gewinns und des Auseinandersetzungsguthabens, Gewährung einer verlangten Mitteilung der Bilanz oder Einsicht in Bücher und Papiere, Rechenschaftsleistung und Auskunftserteilung nach Gesellschaftsauflösung, ergeben sich aus §§ 337 ff. Der haftende Gesellschafter darf, ohne einen etwaigen Widerspruch des stillen beachten zu müssen, selbst ungewöhnliche Geschäfte vornehmen; nicht aber darf er seine und des stillen Gesellschafters Einlage zu Zwecken verwenden, welche nicht in den Rahmen desjenigen Handelsbetriebs fallen, welcher Zweck der stillen Gesellschaft ist (CosackHR. § 112 VII 2a). Daß die §§ 112, 113 Abs. 1, 2, 4, betreffend das Verbot von Sondergeschäften, entsprechende Anwendung auf den haftenden Gesellschafter finden, nehmen Behrend § 93 bei Anm. 20 ff., Staub[8]-Pinner Anm. 34 und Goldmann Nr. 5 an; es ist aber nur zuzugeben, daß ein Verbot, Geschäfte der in das Gewerbe einschlagenden Art für eigene oder fremde Rechnung vorzunehmen, nach der Parteiabsicht meist gelten soll (so CosackHR. § 112 VII 2d; vgl. BGB. § 242; lediglich die Lage des Einzelfalls läßt entscheiden Lehmann Nr. 15, Lehmann HR. § 67 Nr. 5), während die Sonderbestimmungen des § 113, soweit sie von allgemeinen Grundsätzen abweichen, nicht für anwendbar zu erachten sind (ebenso Lehmann Nr. 15). — Auf Beginn des Betriebs und — wenn er nachträglich schuldhafter Weise eingestellt wird — auf dessen Fortführung kann der stille Gesellschafter klagen (dagegen RG. 15 XI 00 DJZ. 01 50, Staub[8]-Pinner § 335 Anm. 32, § 339 Anm. 10); doch werden die zur Verfügung stehenden Zwangsmittel (CPO. § 888) in der Regel nicht genügen, um den Betrieb zu erzwingen. Daher wird es für den stillen Gesellschafter in der Regel zweckmäßiger sein, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt zu wählen (BGB. § 326). Der zu leistende Schadensersatz besteht nicht in einem Anteil an dem bei Veräußerung erzielten Gewinn (§ 336 Anm. III b), sondern in denjenigen Gewinnanteilen, die dem stillen Gesellschafter voraussichtlich im Fall des Weiterbetriebs des Geschäfts zugeflossen wären (RG. 15 XI 00 DJZ. 01 51). — Entschuldigt ist die Betriebseinstellung, wenn ein nach BGB. § 723 Abs. 1 Satz 2 ff. zur fristlosen Kündigung berechtigender Grund vorliegt.

VII. **Alleinberechtigung und -verpflichtung des haftenden Gesellschafters aus den im Betrieb geschlossenen Geschäften** (§ 335 Abs. 2).

a. **Soweit das Verhältnis nach außen in Betracht kommt,** ist dies eine selbstverständliche Folgerung daraus, daß nach dem Begriff der stillen Gesellschaft das Handelsgewerbe im alleinigen Namen des haftenden Gesellschafters zu betreiben ist. Soweit hieraus die Folgerung nicht zu ziehen, gilt sie trotz § 335 Abs. 2 nicht; zulässig ist daher z. B., daß der haftende Gesellschafter im Betrieb seines Handelsgewerbes mit einem Dritten ein Geschäft schließt über eine von dem Dritten an den stillen Gesellschafter zu bewirkende Leistung, bezüglich deren letzterer unmittelbar ein Forderungsrecht erwerben soll (vgl. BGB. §§ 328 ff.); ebenso ist möglich, daß aus im Betrieb geschlossenen Geschäften gleichzeitig aus besonderem Rechtsgrund auch eine Haftung des stillen Gesellschafters entsteht, z. B. kraft von ihm dem Dritten erteilten Kreditauftrags (BGB. § 778) oder durch ein Auftreten des stillen Gesellschafters, als wäre er Mitinhaber des Geschäfts (§ 123 Anm. IV, D. 185, RG. 24 I 04 HoldheimsMSchr. 05 164; Bolze 16 Nr. 483, OLG. Hamburg 21 IV 91 ZHR. 40 482).

b. **Soweit das Verhältnis des haftenden zum stillen Gesellschafter in Betracht kommt,** findet die Regel des § 335 Abs. 2 gleichfalls Anwendung; insoweit ist sie aber nur vertragergänzend, kann mithin durch gegenteilige Vertragsabrede ausgeschlossen werden. Zulässig ist es daher, zu vereinbaren, daß der haftende Gesellschafter bestimmte Arten von Rechten nur mit Zustimmung des stillen Gesellschafters auszuüben berechtigt sein soll, oder daß der stille Gesellschafter bestimmte Arten von Verpflichtungen an Stelle des haftenden Gesellschafters erfüllen soll.

§ 336.

Höhe des Gewinn- und Verlustanteils.

Ist der Antheil des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verluste nicht be-

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß der stille Gesellschafter nicht am Verluste betheiligt sein soll; seine Betheiligung am Gewinne kann nicht ausgeschlossen werden.

ADH. Art. 254, 250 Abs. 1. **Entw. I** § 307. **Entw. II** § 327.

I. **Verteilung von Gewinn und Verlust.** In erster Reihe ist die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags maßgebend (§ 336 Abs. 1), wobei eine etwa nur für Gewinn oder nur für Verlust getroffene Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust gilt (BGB. § 722 Abs. 2). Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmung, so ist der Vertrag nicht nichtig (vgl. P. 4546), sondern nach § 336 Abs. 1 gilt ein den Umständen nach angemessener Anteil als bedungen. Eine Vorausverteilung des Gewinns bis zu 4 vom Hundert der Kapitalanteile nach Verhältnis der Kapitalanteile ist hier — abweichend von § 168 Abs. 1 — nicht vorgeschrieben (ROH. **9** 36; ebenso CosackHR. § 112 X 1, Staub[8]-Pinner § 337 Anm. 3); doch kann im Einzelfall auch eine derartige Verteilung als eine „den Umständen nach angemessene" erachtet werden. — Eine Vertragsbestimmung, nach welcher der Anteil des stillen Gesellschafters an Gewinn und Verlust in bestimmtem Verhältnis seiner „Einlage" zu derjenigen des haftenden Gesellschafters stehen soll, ist im Zweifel dahin auszulegen, daß der ursprüngliche Betrag (sei es des Einlageversprechens, sei es des Eingelegten) maßgebend sein soll, nicht etwa die jeweilige Höhe des Guthabens auf Kapitalkonto (RG. 25 46).

II. **Zulässigkeit des Ausschlusses einer Beteiligung am Verlust.** Die früher bestrittene Frage, ob eine Beteiligung am Verlust gültig ausgeschlossen werden kann, ist (in Übereinstimmung mit ROH. **12** 100, RG. **20** 165, **27** 14, **30** 58, **31** 35 gegen RG. **3** 9) in bejahendem Sinn entschieden (§ 336 Abs. 2, D. 184). — Ist umgekehrt bedungen, daß der „stille Gesellschafter" unbeschränkt für Verlust hafte, so liegt keine stille Gesellschaft vor (§ 335 Anm. Vb).

III. **Nichtausschließbarkeit der Gewinnbeteiligung.**

a. **Nichtausschließbarkeit.** Ist vereinbart, daß derjenige, der sich am Handelsgewerbe des anderen beteiligen soll, keinen Gewinnanteil erhält, so liegt keine stille Gesellschaft vor (§ 336 Abs. 2, § 335 Anm. II). Ist bedungen, daß einer der Gesellschafter zwar am Verlust, nicht aber am Gewinn teilnehmen soll, so liegt überhaupt keine Gesellschaft vor (Mot. **2** 594 z. BGB., HGB. § 105 Anm. Id 1β).

b. **„Beteiligung am Gewinn."** „Beteiligung" deutet nicht notwendig auf das Bestimmen des Anteils nach Bruchteilen des Gewinns; jedenfalls muß aber der Anteil so bestimmt werden, daß durch die Höhe des Gewinns auch die Höhe des Anteils stets oder doch unter Umständen beeinflußt wird. Unter Beteiligung „am Gewinn" ist nur verstanden, daß der so Beteiligte, wenn Gewinn gemacht ist, nicht ganz leer ausgehen darf; nicht ist gemeint, daß der ihm gutzurechnende Anteil unter allen Umständen den Gewinn höchstens erreichen, nicht aber übersteigen darf. Keine Gewinnbeteiligung ist daher die Festsetzung von Bezügen, auf deren Betrag die Gewinnhöhe völlig ohne Einfluß bleibt (RG. **31** 74, Staub[8]-Pinner § 335 Anm. 21, Lehmann § 335 Nr. 9, Goldmann § 336 Nr. 4; dagegen ROH. **9** 37, Cosack HR. § 112 X). Dagegen wird das Vorliegen einer Gewinnbeteiligung nicht ausgeschlossen durch Festsetzung eines Höchstbetrags oder Mindestbetrags, letzteres auch in der Form eines festen Zinses und hinzukommenden Gewinnbruchteils (ROH. 12 99, Bolze **19** Nr. 613). — Im Zweifel ist der stille Gesellschafter nur am Gewinn aus dem Betrieb des Geschäfts beteiligt, nicht auch an dem aus der Veräußerung des Geschäfts erwachsenden Gewinn (KG. 15 XI 00 DJZ. **01** 50); über die Ansprüche des stillen Gesellschafters im Fall der Geschäftsveräußerung vgl. § 335 Anm. VIb.

c. **Abgrenzung gegen nicht gesellschaftliche Gewinnbeteiligungen.** Nicht jede Gewinnbeteiligung ist eine gesellschaftliche; auch nicht jede Gewinnbeteiligung, für welche die Gegenleistung

Ob aber im Einzelfall überhaupt ein Gesellschaftsvertrag vorliegt, oder ob die Gewinnbeteiligung nur ein nebensächlicher Bestandteil eines andersartigen Vertrags ist, kann nur aus dem Zusammenhang aller Bestimmungen des betreffenden Vertrags abgeleitet werden. Keine gesellschaftliche Beteiligung liegt daher in der Hingabe eines Darlehns, wenngleich — was nicht notwendig gegen die Eigenschaft als Darlehn spricht — Gewinnanteil neben Zinsen (RG. 31 34, 57 177, vgl. 46 113) oder statt Zinsen (Bolze 16 Nr. 346) vereinbart ist. In Zweifelsfällen ist aus dem Umfang und der Art der Kontrollrechte die Entscheidung dafür abzuleiten, ob stille Gesellschaft oder Darlehn vorliegt (Staub⁸-Pinner § 335 Anm. 22, vgl. auch RG. 57 177). Keine stille Gesellschaft, sondern Darlehn liegt vor, wenn der Hingeber sowohl nur feste Zinsen erhalten wie auch keinen Verlustanteil tragen soll (CosackHR. § 112 X, Staub⁸-Pinner § 335 Anm. 22, Lehmann § 335 Nr. 11). Die im Vertrag gewählte Bezeichnung als „Darlehn“ oder als „stille Gesellschaft“ ist nicht entscheidend (RG. 20 166, 31 34, 57 176, Bolze 5 Nr. 128). Nicht als Gesellschaftsvertrag, sondern als Darlehnsvertrag wurde erachtet ein Vertrag, inhalts dessen der erblindete Sohn seinem Vater das mit diesem als offene Gesellschaft betriebene Handelsgeschäft allein überließ mit der Abrede, daß des Sohnes Kapitalvermögen gegen Gewinnbruchteil mit gewährleistetem, voraussichtlich den Gewinnbruchteil stets übersteigendem Mindestbetrag im Geschäft verbleiben, der Sohn keinen Verlustanteil tragen und allein das Recht zur Kündigung des Kapitalvermögens zur Rückzahlung haben solle (RG. 20 166; gegen dies Urteil Staub⁸-Pinner § 335 Anm. 21). — Keine gesellschaftliche Gewinnbeteiligung liegt ferner z. B. in einer Gewinnbeteiligung als Handlungsgehilfe (§ 59 Anm. III b 1), als Gewerbegehilfe (Bolze 10 Nr. 534), als Handlungsagent (§ 84 Anm. I), als Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied (§ 231 Anm. II b, § 243 Anm. II e); in diesen Fällen liegt allerdings auch keine Vermögenseinlage vor, da Arbeitsleistungen keine Einlage sind (§ 335 Anm. V b).

§ 337.

Gewinn- und Verlustberechnung. Gewinnauszahlung, Verlustbegrenzung.

Am Schlusse jedes Geschäftsjahrs wird der Gewinn und Verlust berechnet und der auf den stillen Gesellschafter fallende Gewinn ihm ausbezahlt.

Der stille Gesellschafter nimmt an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Theil. Er ist nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen; jedoch wird, solange seine Einlage durch Verlust vermindert ist, der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet.

Der Gewinn, welcher von dem stillen Gesellschafter nicht erhoben wird, vermehrt dessen Einlage nicht, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist.

ADH. Art. 255. **Entw. I** § 308. **Entw. II** § 328.

I. **Berechnung des Jahresgewinns oder -verlustes.** Vgl. § 120 Anm. I a—c.

a. **Allgemeines.** Die Abweichung in der Fassung des § 337 Abs. 1 Halbs. 1 von derjenigen des § 120 Abs. 1 ist ohne sachliche Bedeutung: „Gewinn oder Verlust“ in § 120 ist genauer als „Gewinn und Verlust“ in § 337; daß die Berechnung „auf Grund der Bilanz“ zu erfolgen hat, bildet für die stille Gesellschaft — trotzdem es hier nicht ausdrücklich erwähnt ist — ebenso die gesetzliche Regel wie für die offene Handelsgesellschaft. Eine Vorausberechnung von vier vom Hundert des Kapitalanteils ist für die stille Gesellschaft nicht vorgeschrieben (§ 336 Anm. I). — Bei Berechnung nach Bruchteilen der Einlagen ist im Zweifel auch auf Seite des haftenden Gesellschafters die ursprüngliche Höhe seiner Einlage einzusetzen

(Staub[8]-Pinner Anm. 3). — Der haftende Gesellschafter ist im Zweifel zu keiner besonderen Vergütung für die von ihm zu leistende Arbeit berechtigt (Bolze 7 Nr. 627); anders jedoch unter Umständen, wenn es sich um eine Tätigkeit handelt, die außerhalb des Rahmens gewöhnlicher Geschäftsführung liegt (§ 114 Anm. IV). In einem Fall, in dem der haftende Gesellschafter, der laut Vertrag eine besondere Vergütung für seine Tätigkeit bezog, geisteskrank wurde, demnächst aber stillschweigend dessen Pfleger und der stille Gesellschafter das Geschäft fortführten, wurde angenommen, daß für die Zukunft die Sondervergütung nicht beansprucht werden könne (Bolze 20 Nr. 572). — Der Gewinn oder Verlust, an welchem der stille Gesellschafter beteiligt ist, ist nur der aus dem Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes sich ergebende, nicht auch der vom haftenden Gesellschafter außerhalb jenes Betriebs erzielte (Bolze 5 Nr. 737).

b. **Insbesondere Berechnung des Verlustanteils des stillen Gesellschafters.** Der § 337 enthält keine Vorschrift darüber, daß für die Verlustberechnung die Höhe der Einlage des stillen Gesellschafters eine Grenze bilde; der § 337 Abs. 2 Satz 1 entspricht dem § 167 Abs. 3, enthält mithin nur eine Begrenzung der Pflicht des stillen Gesellschafters, zur Deckung des Verlustes etwas zu zahlen (§ 167 Anm. IV; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 6 [nicht ganz genau daher Staub[8]-Pinner Anm. 3]; dagegen Lehmann Nr. 6, Goldmann Nr. 4).

II. **Zuschreibung bezw. Auszahlung des Gewinns an den stillen Gesellschafter.** Beides kann nach allgemeinen Grundsätzen wegen Willensmängel angefochten werden (RG. 48 82). Auch kann Rückgängigmachung verlangt werden, falls die Parteien darüber einig waren, daß die Berechnung, auf Grund deren die Zuschreibung oder Auszahlung erfolgte, nur eine vorläufige sein solle, und falls dann die endgültige Berechnung ein anderes Ergebnis zeigt (RG. 48 83). — Trotz des Unterschieds der Fassung zwischen den die Gewinnzuschreibung und -auszahlung an den Kommanditisten betreffenden § 167 Abs. 2, 3, § 169 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und dem die Gewinnzuschreibung und -auszahlung an den stillen Gesellschafter betreffenden § 337 Abs. 2, 3 ist ein sachlicher Unterschied nicht erkennbar:

a. **Zuschreibung des Gewinnanteils.** Vgl. § 167 Anm. II. Der § 337 Abs. 3 entspricht dem § 167 Abs. 2. Daß in § 337 Abs. 3 von „Vermehren der Einlage“, in § 167 Abs. 2 von „Zuschreiben zum Kapitalanteil“ die Rede ist, bringt zum Ausdruck, daß bei der stillen Gesellschaft das Guthaben des stillen Gesellschafters als Schuld an einen Gläubiger in der Bilanz erscheint, bei der Kommanditgesellschaft das Guthaben des Kommanditisten als Kapitalkonto eines Gesellschafters. Für die Höhe des zu buchenden Betrags begründet dies jedoch keinen Unterschied. Da nach § 337 Abs. 3 der nicht erhobene Gewinn die Einlage nicht vermehrt, so ist er nicht dem Einlagekonto, sondern einem Sonderkonto zuzuschreiben. Also auch § 337 Abs. 3 bestimmt nur, daß nach gesetzlicher Regel der Gewinnanteil dem Einlagekonto nur so lange zuzuschreiben ist, wie das Guthaben auf Einlagekonto den Betrag des Einlageversprechens nicht erreicht. Daß er ihm bis dahin zuzuschreiben ist, bestimmt § 337 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2. Daß vertraglich etwas Gegenteiliges vereinbart werden kann, gilt für die stille Gesellschaft (§ 337 Abs. 3) ebenso wie entsprechend für die Kommaditgesellschaft (§ 163). — Der auf Sonderkonto zu übertragende Teil des Gewinnanteils stellt nach gesetzlicher Regel künftig eine fällige Forderung des stillen Gesellschafters gegen den haftenden Gesellschafter dar, die durch den späteren Gang der Geschäfte nicht mehr beeinflußt wird (RG. 48 82).

b. **Auszahlung des Gewinnanteils.** Auch die Vorschriften des § 337 Abs. 1 und 2 sind änderbar durch Vereinbarung zwischen dem haftenden und stillen Gesellschafter (§ 335 Anm. III c).

1. Regel ist, daß dem stillen Gesellschafter der auf ihn fallende Gewinnanteil ausgezahlt wird. Der § 337 Abs. 1 Halbs. 2 entspricht dem § 169 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1. Auch § 337 Abs. 1 Halbs. 2 soll nur ausdrücken, daß ein Anspruch des stillen Gesellschafters auf Gewinnausbezahlung besteht. Der Anspruch wird fällig zu der Zeit, zu welcher nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang der haftende Gesellschafter imstande ist, den Gewinnanteil

Deckung des Verlustes verwendet", also nicht ausgezahlt. Dies entspricht dem § 169 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2: „er (der Kommanditist) kann auch die Auszahlung des Gewinns nicht fordern, solange sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde". Die letztere Fassung ist die genauere; doch kommen beide auf dasselbe hinaus. Über die Unterscheidung von „Einlage" und „Kapitalanteil" vgl. oben Anm. II a. Auch daß in § 337 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 von Minderung der „Einlage", in § 169 von Minderung des „auf die bedungene Einlage geleisteten Betrages" die Rede ist, begründet keinen sachlichen Unterschied, selbst wenn man in § 337 Abs. 2 Satz 2 „Einlage" nicht im Sinn von „geleistete Einlage", sondern (wie in § 337 Abs. 2 Satz 1) im Sinn von „bedungene Einlage" verstehen will. Ist eine Einlage von 12 bedungen, von 6 geleistet, sind im ersten Jahr 5 verloren, im zweiten 9 gewonnen, so ist es gleichgültig, ob man sagt, daß am Schluß des ersten Jahrs die geleistete oder die bedungene Einlage um 5 gemindert ist. Auch letztere ist nur um 5, nicht etwa um 11 „gemindert", denn in Höhe von 6 bleibt die Einzahlungspflicht bestehen. Am Schluß des zweiten Jahrs sind von den 9 gemäß § 337 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 ein Teil 5 nicht auszuzahlen; aber auch die Auszahlung des Überschusses 4 kann nicht verlangt werden, da in dieser Höhe der haftende Gesellschafter mit seiner Forderung auf Leistung des Einlagerestes aufrechnen kann.

c. **Ausschluß einer Rückzahlung des bezogenen Gewinns.** Vgl. § 169 Anm. IV. Der § 337 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 entspricht dem § 169 Abs. 2. „Bezogen" in diesem Sinn ist auch der auf Sonderkonto gutgeschriebene (oben Anm. II a), wenngleich noch nicht ausgezahlte Gewinn (§ 169 Anm. IV, ROH. 13 65; vgl. jedoch ROH. 18 157).

§ 338.

Mitteilung der Bilanz, Einsicht in Bücher und Papiere, Aufklärungen.

Der stille Gesellschafter ist berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

Die im § 716 des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren Rechte stehen dem stillen Gesellschafter nicht zu.

Auf Antrag des stillen Gesellschafters kann das Gericht, wenn wichtige Gründe vorliegen, die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen.

ADH. Art. 253. **Entw. I** § 309. **Entw. II** § 329.

I. **Mitteilung der jährlichen Bilanz und Nachprüfungsrecht.** Vgl. § 166 Anm. I. Der § 338 Abs. 1 entspricht dem § 166 Abs. 1. Da BGB. § 716 mit HGB. § 118, abgesehen von unerheblichen Fassungsänderungen, übereinstimmt, so hat § 338 Abs. 2 für den stillen Gesellschafter dieselbe Tragweite wie § 166 Abs. 2 für den Kommanditisten. Da der haftende Gesellschafter nicht vorzuleisten hat, steht ihm, falls der stille Gesellschafter seinerseits nicht geleistet hat, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach näherer Maßgabe des BGB. § 320 zu (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 3). Inwieweit gesonderte Aufführung einzelner Posten der Bilanz gefordert werden kann, vgl. Bolze 8 Nr. 539 b. Auf den Fall, daß der haftende Ge-

der Geschäftspapiere zu prüfen; zu Aufzeichnungen in dem hierzu erforderlichen Umfang ist der haftende Gesellschafter verpflichtet (Behrend § 93 Anm. 19, Staub[8]-Pinner Anm. 6, Lehmann Nr. 2, Goldmann Nr. 4). Der stille Gesellschafter hat keinen über die Bestimmung des § 338 hinausgehenden Anspruch auf Rechnungslegung (OLG. Hamburg 6 X 00 OLGRspr. 2 18).

II. **Verfügung des Gerichts.** Vgl. § 166 Anm. II. Der § 338 Abs. 3 entspricht dem § 166 Abs. 3. Für das Verfahren sind auch im Fall des § 338 Abs. 3 die §§ 145, 146 FGG. (abgedruckt hinter HGB. § 16) maßgebend. In diesem Verfahren kann auch über Vorlegung der Jahresbilanz und der für deren Prüfung erforderlichen Bücher und Papiere, Zuziehung eines Sachverständigen und Auswahl seiner Person entschieden werden (KG. 29 VI 05 Entsch. FG. 6 124 KGJ. 30 A 121). In welchem Verfahren nach Ausscheiden des stillen Gesellschafters ein etwaiges Recht des in § 338 Abs. 3 bezeichneten Inhalts geltend zu machen ist, vgl. § 166 Anm. II.

III. **Ausschließende oder beschränkende Vereinbarungen** stehen der Geltendmachung der Rechte aus § 338 Abs. 1 nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht (ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 10, Goldmann Nr 6). Selbst wenn man nicht (mit Staub und Goldmann) annimmt, daß dies unmittelbar auf Grund des BGB. § 716 Abs. 2 gilt, weil (so Staub) in HGB. § 338 Abs. 2 nur BGB. § 716 Abs. 1 gemeint sei, würde es es doch aus BGB. §§ 157, 276 Abs. 2 abgeleitet werden müssen (§ 166 Anm. I). Das Recht aus § 338 Abs. 3 ist, weil ein zwingendes Schutzrecht (vgl. § 273 Anm. II b 3) enthaltend, überhaupt nicht ausschließbar durch Vertrag.

§ 339.

Kündigung. Tod des stillen Gesellschafters.

Auf die Kündigung der Gesellschaft durch einen der Gesellschafter oder durch einen Gläubiger des stillen Gesellschafters finden die Vorschriften der §§ 132, 134, 135 entsprechende Anwendung. Die Vorschriften des § 723 des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Recht, die Gesellschaft aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen, bleiben unberührt.

Durch den Tod des stillen Gesellschafters wird die Gesellschaft nicht aufgelöst.

ADH. Art. 261 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 3, Art. 263, 264. **Entw. I** § 311. **Entw. II** § 330.

I. **Auflösungsgründe.** Grundsätzlich kommen die Vorschriften des BGB. über Auflösung der Gesellschaft zur Anwendung; zwei Abweichungen von diesem Grundsatz sind in § 339 bestimmt (D. 185).

a. **Kündigung** durch Gesellschafter oder Privatgläubiger. Vgl. unten Anm. II, § 335 Anm. I a 12, 13.

b. **Erreichung des Zwecks oder Unmöglichkeit der Erreichung.** Vgl. § 335 Anm. I a 14. Über Einstellung des Gewerbebetriebs vgl. § 335 Anm. VI b; darin liegt — soweit nicht im Einzelfall die Erreichung des Zwecks unmöglich wird — kein von Rechts wegen wirkender Auflösungsgrund (a. M. Staub[8]-Pinner Anm. 10). Der von Staub angeführte Grund, daß sobald das Betreiben des Handelsgewerbes aufgehört habe, nach der in § 335 vorausgesetzten Begriffsbestimmung eine stille Gesellschaft nicht mehr vorhanden sei, trifft nicht zu, falls man entsprechend dem § 705 BGB. den Begriff der stillen Gesellschaft dahin bestimmt, daß nur ein auf den Betrieb gerichteter Zweck, nicht der Betrieb selbst vorzuliegen braucht (§ 335 Anm. II). Über Veräußerung des Handelsgeschäfts vgl. § 335 Anm. I a 8.

c. **Tod des haftenden Gesellschafters,** falls nicht aus dem Gesellschaftsvertrag sich ein Anderes ergibt. Vgl. unten Anm. III, § 335 Anm. I a 15. Über Auflösung der Gesellschaft oder

e. **Übereinkunft des haftenden mit dem stillen Gesellschafter.** Der Gesellschaftsvertrag kann, wie jeder Vertrag, durch entgegengesetzten Vertrag wieder aufgehoben werden (D. 185).

f. **Zeitablauf.** Die stille Gesellschaft endet, wie die gemeinbürgerliche, mit Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist, wenngleich dies weder im HGB. noch im BGB. besonders hervorgehoben ist (D. 185). Stillschweigende Fortsetzung wirkt wie eine vertragliche Verlängerung der Dauer auf unbestimmte Zeit (§§ 339 Abs. 1, 134).

II. **Kündigung insbesondere (§ 339 Abs. 1).**

a. **Befristete Kündigung.** Die Kündigung kann sowohl seitens eines Gesellschafters wie auch seitens des Privatgläubigers eines der Gesellschafter erfolgen. Im einzelnen sind die Vorschriften der §§ 132, 134, 135 maßgebend (§ 339 Abs. 1 Satz 1). Jeder Gesellschafter kann hiernach eine für unbestimmte Zeit oder auf Lebenszeit eines (auch des anderen, RG. 20 166) Gesellschafters eingegangene oder nach Zeitablauf stillschweigend fortgesetzte Gesellschaft willkürlich zum Ende des Geschäftsjahrs mit sechs Monaten Frist kündigen, falls der Gesellschaftsvertrag nicht — innerhalb der zulässigen Grenzen (§ 132 Anm. IV) — eine andere Bestimmung getroffen hat. Ebenso kann der Privatgläubiger eines Gesellschafters, nachdem innerhalb der letzten 6 Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist, und nachdem er auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt hat, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, die Gesellschaft sechs Monate vor Ende des Geschäftsjahrs für diesen Zeitpunkt kündigen. Wichtig ist dies Recht namentlich für die Gläubiger des stillen Gesellschafters. Die Gläubiger des haftenden Gesellschafters können in der Regel dasselbe erreichen, wenn sie unmittelbar auf Grund des gegen letzteren erwirkten Urteils die etwaigen Ansprüche des haftenden gegen den stillen Gesellschafter pfänden und sich überweisen lassen (vgl. Staub[8]-Pinner Anm. 26); doch sind Fälle denkbar, in denen auch für Gläubiger des haftenden Gesellschafters das Recht, die Auflösung herbeizuführen, wichtig sein kann, z. B. wenn der haftende Gesellschafter dem stillen für die Dauer der Gesellschaft Sicherheit bestellt hatte. — Der § 723 Abs. 1 Satz 1 und der § 725 Abs. 1 BGB., nach welchem seitens eines Gesellschafters auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes und seitens des Gläubigers eines Gesellschafters eine für unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft fristlos gekündigt werden kann, sind, weil den nach § 339 Abs. 1 Satz 1 anzuwendenden §§ 132, 134, 135 HGB. widersprechend, nicht anwendbar auf die stille Gesellschaft (D. 185).

b. **Fristlose Kündigung.** Während § 339 Abs. 1 Satz 1 die Anwendbarkeit des § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB. ausschließt, erklärt § 339 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich den übrigen Inhalt des § 723 BGB. für unberührt. Hiernach kann jeder von beiden Gesellschaftern ohne Einhaltung einer Frist und ohne Anrufung des Gerichts die Gesellschaft — gleichgültig ob sie auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist — kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; „ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn der andere Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird." Das ROH. 12 100 erachtete das Verlustbringen des Gewerbebetriebs als unter Umständen einen wichtigen Grund für vorzeitige Kündigung durch den haftenden Gesellschafter bildend. Ein Beispiel, in welchem Verlustverschleierung durch den haftenden Gesellschafter als nicht genügender Grund zu fristloser Kündigung angesehen wurde, vgl. Bolze 1 Nr. 1162. Vertragswidrige Verwendung der Einlage des stillen Gesellschafters z. B. deren Entnahme zu Privatzwecken durch den haftenden, kann dem ersteren einen wichtigen Grund zu fristloser Kündigung geben (HAG. Nürnberg 14 II 68 ZHR. 15 284, KG. 17 X 06 Zentralorgan NF. 6 361). Eine erhebliche Störung der persönlichen Beziehungen zwischen

Abs. 2 und 3 BGB. (betreffend Kündigung zur Unzeit und das Kündigungsrecht beschränkende Vereinbarungen) finden Anwendung. — Die Kündigung eines vom Kündigenden für verbindlich angesehenen Vertrags ist zu unterscheiden von der Erklärung, daß der Erklärende den Vertrag nicht für verbindlich erachte (§ 131 Anm. I f).

III. **Tod des stillen Gesellschafters (§ 339 Abs. 2)** ist kein Auflösungsgrund. Ebensowenig die Auflösung einer als stiller Gesellschafter beteiligten Gesellschaft oder eines so beteiligten Vereins (§ 177 Anm. IV, Behrend § 94 Anm. 3; vgl. § 335 Anm. I a 15). Die Erben des verstorbenen stillen Gesellschafters treten an dessen Stelle mit denselben Rechten und Pflichten wie ihr Erblasser (§ 177 Anm. I). Über die Frage, wer an die Stelle einer als stiller Gesellschafter beteiligt gewesenen aufgelösten Gesellschaft oder eines so beteiligt gewesenen aufgelösten Vereins tritt, vgl. § 177 Anm. IV, Behrend § 94 Anm. 3, Lehmann § 177 Nr. 2.

IV. **Wirkung der Auflösung** ist, daß das Gesellschaftsverhältnis mit dem Zeitpunkt der Auflösung erlischt. Nach gesetzlicher Regel (über gegenteilige Vertragsbestimmungen vgl. § 340 Anm. III) findet keine gemeinschaftliche Liquidation statt; vielmehr verbleibt der haftende Gesellschafter Inhaber des Handelsgeschäfts und hat sich nach näherer Maßgabe des § 340 mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen. Ein Gesellschaftsverhältnis bleibt auch nicht mit Beschränkung auf die bei Auflösung noch schwebenden Geschäfte bestehen (§ 340 Anm. II d 1). Ein etwaiges auf Auflösung lautendes Urteil wirkt nur erklärend, nicht bestimmend.

§ 340.

Auseinandersetzung.

Nach der Auflösung der Gesellschaft hat sich der Inhaber des Handelsgeschäfts mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen.

Die zur Zeit der Auflösung schwebenden Geschäfte werden von dem Inhaber des Handelsgeschäfts abgewickelt. Der stille Gesellschafter nimmt Theil an dem Gewinn und Verluste, der sich aus diesen Geschäften ergiebt.

Er kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen.

ADH. Art. 265. **Entw. I** § 312. **Entw. II** § 331.

I. Auseinandersetzungsberechnung.
II. Durchführung der Auseinandersetzung.
III. Abweichende Vereinbarungen.

I. **Auseinandersetzungsberechnung** (§ 340 Abs. 1 Halbs. 1).

a. **Anfertigung und Prüfung.** Der § 340 weist die Auseinandersetzungstätigkeit in erster Reihe dem haftenden Gesellschafter zu. Dieser hat die für die Abrechnung erforderliche Aufstellung anzufertigen und dem stillen Gesellschafter das Ergebnis mitzuteilen. Letzterem sind in Ansehung dieser Abrechnung die Rechte aus § 338 zuzubilligen.

b. **Grundlagen der Berechnung.** Der Abrechnung ist die Vermögenslage zur Zeit der Auflösung zu grund zu legen. Bei Berechnung des Guthabens ist ein eingelegter nicht in Geld bestehender Vermögensgegenstand — mangels bestimmter Abreden — als Einlage zu dem Wert anzurechnen, den er zur Zeit der Einlegung hatte. In die Geschäftsbilanz, welche der Auseinandersetzung zu Grund gelegt wird, sind — soweit nicht die Vorschriften über schwebende Geschäfte eingreifen (Bolze 5 Nr. 736) — die vorhandenen Vermögensgegenstände zu dem Wert, den sie bei Auflösung der Gesellschaft haben, einzusetzen; daraus allein, daß in eine frühere Bilanz ein höherer Wert eingesetzt ist, folgt noch nicht die Verpflichtung des

e. **Übereinkunft des haftenden mit dem stillen Gesellschafter.** Der Gesellschaftsvertrag kann, wie jeder Vertrag, durch entgegengesetzten Vertrag wieder aufgehoben werden (D. 185).

f. **Zeitablauf.** Die stille Gesellschaft endet, wie die gemeinbürgerliche, mit Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist, wenngleich dies weder im HGB. noch im BGB. besonders hervorgehoben ist (D. 185). Stillschweigende Fortsetzung wirkt wie eine vertragliche Verlängerung der Dauer auf unbestimmte Zeit (§§ 339 Abs. 1, 134).

II. **Kündigung insbesondere (§ 339 Abs. 1).**

a. **Befristete Kündigung.** Die Kündigung kann sowohl seitens eines Gesellschafters wie auch seitens des Privatgläubigers eines der Gesellschafter erfolgen. Im einzelnen sind die Vorschriften der §§ 132, 134, 135 maßgebend (§ 339 Abs. 1 Satz 1). Jeder Gesellschafter kann hiernach eine für unbestimmte Zeit oder auf Lebenszeit eines (auch des a n d e r e n, RG. 30 166) Gesellschafters eingegangene oder nach Zeitablauf stillschweigend fortgesetzte Gesellschaft willkürlich zum Ende des Geschäftsjahrs mit sechs Monaten Frist kündigen, falls der Gesellschaftsvertrag nicht — innerhalb der zulässigen Grenzen (§ 132 Anm. IV) — eine andere Bestimmung getroffen hat. Ebenso kann der Privatgläubiger eines Gesellschafters, nachdem innerhalb der letzten 6 Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist, und nachdem er auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt hat, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, die Gesellschaft sechs Monate vor Ende des Geschäftsjahrs für diesen Zeitpunkt kündigen. Wichtig ist dies Recht namentlich für die Gläubiger des s t i l l e n Gesellschafters. Die Gläubiger des h a f t e n d e n Gesellschafters können in der Regel dasselbe erreichen, wenn sie unmittelbar auf Grund des gegen letzteren erwirkten Urteils die etwaigen Ansprüche des haftenden gegen den stillen Gesellschafter pfänden und sich überweisen lassen (vgl. Staub[8]-Pinner Anm. 26; doch sind Fälle denkbar, in denen auch für Gläubiger des haftenden Gesellschafters das Recht, die Auflösung herbeizuführen, wichtig sein kann, z. B. wenn der haftende Gesellschafter dem stillen für die Dauer der Gesellschaft Sicherheit bestellt hatte. — Der § 723 Abs. 1 Satz 1 und der § 725 Abs. 1 BGB., nach welchem seitens eines Gesellschafters auch o h n e Vorliegen eines wichtigen Grundes und seitens des Gläubigers eines Gesellschafters eine für unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft f r i s t l o s gekündigt werden kann, sind, weil den nach § 339 Abs. 1 Satz 1 anzuwendenden §§ 132, 134, 135 HGB. widersprechend, nicht anwendbar auf die stille Gesellschaft (D. 185).

b. **Fristlose Kündigung.** Während § 339 Abs. 1 Satz 1 die Anwendbarkeit des § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB. ausschließt, erklärt § 339 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich den ü b r i g e n Inhalt des § 723 BGB. für unberührt. Hiernach kann jeder von beiden Gesellschaftern ohne Einhaltung einer Frist und ohne Anrufung des Gerichts die Gesellschaft — gleichgültig ob sie auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist — kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; „ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn der andere Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird." Das ROH. 12 100 erachtete das Verlustbringen des Gewerbebetriebs als unter Umständen einen wichtigen Grund für vorzeitige Kündigung durch den haftenden Gesellschafter bildend. Ein Beispiel, in welchem Verlustverschleierung durch den haftenden Gesellschafter als nicht genügender Grund zu fristloser Kündigung angesehen wurde, vgl. Bolze 1 Nr. 1162. Vertragswidrige Verwendung der Einlage des stillen Gesellschafters z. B. deren Entnahme zu Privatzwecken durch den haftenden, kann dem ersteren einen wichtigen Grund zu fristloser Kündigung geben (HAG. Nürnberg 14 II 68 ZHR. 15 284, KG. 17 X [illegible] Zentralorgan NF. 6 361). Eine erhebliche Störung der persönlichen Beziehungen zwischen

Abs. 2 und 3 BGB. (betreffend Kündigung zur Unzeit und das Kündigungsrecht beschränkende Vereinbarungen) finden Anwendung. — Die Kündigung eines vom Kündigenden für verbindlich angesehenen Vertrags ist zu unterscheiden von der Erklärung, daß der Erklärende den Vertrag nicht für verbindlich erachte (§ 131 Anm. I f).

III. **Tod des stillen Gesellschafters (§ 339 Abs. 2)** ist kein Auflösungsgrund. Ebensowenig die Auflösung einer als stiller Gesellschafter beteiligten Gesellschaft oder eines so beteiligten Vereins (§ 177 Anm. IV, Behrend § 94 Anm. 3; vgl. § 335 Anm. I a 15). Die Erben des verstorbenen stillen Gesellschafters treten an dessen Stelle mit denselben Rechten und Pflichten wie ihr Erblasser (§ 177 Anm. I). Über die Frage, wer an die Stelle einer als stiller Gesellschafter beteiligt gewesenen aufgelösten Gesellschaft oder eines so beteiligt gewesenen aufgelösten Vereins tritt, vgl. § 177 Anm. IV, Behrend § 94 Anm. 3, Lehmann § 177 Nr. 2.

IV. **Wirkung der Auflösung** ist, daß das Gesellschaftsverhältnis mit dem Zeitpunkt der Auflösung erlischt. Nach gesetzlicher Regel (über gegenteilige Vertragsbestimmungen vgl. § 340 Anm. III) findet keine gemeinschaftliche Liquidation statt; vielmehr verbleibt der haftende Gesellschafter Inhaber des Handelsgeschäfts und hat sich nach näherer Maßgabe des § 340 mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen. Ein Gesellschaftsverhältnis bleibt auch nicht mit Beschränkung auf die bei Auflösung noch schwebenden Geschäfte bestehen (§ 340 Anm. II d 1). Ein etwaiges auf Auflösung lautendes Urteil wirkt nur erklärend, nicht bestimmend.

§ 340.

Auseinandersetzung.

Nach der Auflösung der Gesellschaft hat sich der Inhaber des Handelsgeschäfts mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen.

Die zur Zeit der Auflösung schwebenden Geschäfte werden von dem Inhaber des Handelsgeschäfts abgewickelt. Der stille Gesellschafter nimmt Theil an dem Gewinn und Verluste, der sich aus diesen Geschäften ergiebt.

Er kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen.

ADH. Art. 265. **Entw. I** § 312. **Entw. II** § 331.

I. **Auseinandersetzungsberechnung** (§ 340 Abs. 1 Halbs. 1).

a. **Anfertigung und Prüfung.** Der § 340 weist die Auseinandersetzungstätigkeit in erster Reihe dem haftenden Gesellschafter zu. Dieser hat die für die Abrechnung erforderliche Aufstellung anzufertigen und dem stillen Gesellschafter das Ergebnis mitzuteilen. Letzterem sind in Ansehung dieser Abrechnung die Rechte aus § 338 zuzubilligen.

b. **Grundlagen der Berechnung.** Der Abrechnung ist die Vermögenslage zur Zeit der Auflösung zu grund zu legen. Bei Berechnung des Guthabens ist ein eingelegter nicht in Geld bestehender Vermögensgegenstand — mangels bestimmter Abreden — als Einlage zu dem Wert anzurechnen, den er zur Zeit der Einlegung hatte. In die Geschäftsbilanz, welche der Auseinandersetzung zu Grund gelegt wird, sind — soweit nicht die Vorschriften über schwebende Geschäfte eingreifen (Bolze 5 Nr. 736) — die vorhandenen Vermögensgegenstände zu dem Wert, den sie bei Auflösung der Gesellschaft haben, einzusetzen; daraus allein, daß in eine frühere Bilanz ein höherer Wert eingesetzt ist, folgt noch nicht die Verpflichtung des haftenden Gesellschafters, diesen Wert auch bei der künftigen Auseinandersetzung zu grund

stille Gesellschafter an dem aus der Werterhöhung oder Wertminderung dieser Gegenstände sich ergebenden Gewinn oder Verlust teilnimmt und ihr Wert bei Auseinandersetzung zu berücksichtigen ist, ist Tatfrage (vgl. Bolze 5 Nr. 737).

c. **Unterschied, ob Aufgabe oder ob Fortführung des Geschäfts.** Ob der haftende Gesellschafter das von ihm betriebene Handelsgeschäft fortführen oder aufgeben will, hat er selbständig zu entscheiden; die Auseinandersetzung mit dem stillen Gesellschafter wird hierdurch an sich nicht berührt. Von der Entscheidung, die er trifft, hängt jedoch ab, ob in die Auseinandersetzungsberechnung die bisherigen Betriebsgegenstände zum Gebrauchswert oder zum Veräußerungswert einzusetzen sind (§ 40 Anm. II c), und hierdurch wird unter Umständen die Höhe des Gewinn- oder Verlustanteils des stillen Gesellschafters beeinflußt. Setzt der haftende Gesellschafter die bisherigen Betriebsgegenstände zum Veräußerungswert ein, so bildet die zu bewirkende Veräußerung ein schwebendes Geschäft; übernimmt er daher diese Gegenstände nachträglich wieder zur Fortsetzung seines eigenen Betriebs, so bildet der Unterschied zwischen dem in die Auseinandersetzungsberechnung eingesetzten Veräußerungswert und dem Betriebswert einen Gewinn der stillen Gesellschaft aus schwebendem Geschäft.

d. **Konkurs des haftenden Gesellschafters.** Im Fall der Auflösung der Gesellschaft durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des haftenden Gesellschafters finden die gleichen Grundsätze Anwendung; der Konkursverwalter tritt an die Stelle des haftenden Gesellschafters (RG. 7 VII 84 GruchotsBeitr. 29 998, 8 XI 02 JW. 03 10[23] HoldheimsMSchr. 03 49. Der Gebrauchs- oder der Veräußerungswert ist einzusetzen, je nachdem der Konkursverwalter die Fortführung des Betriebs oder die Versilberung in Aussicht nimmt. In beiden Fällen ist die durch Konkurseröffnung erfolgte Entwertung zu berücksichtigen (vgl. Bolze 2 Nr. 1100; ebenso Staub[8]-Pinner Anm. 17). Maßgebend ist die Zeit der Konkurseröffnung (RG. 8 XI 02 aaO.). Für die Abwickelung der schwebenden Geschäfte steht der stille Gesellschafter nur in Beziehung zum Konkursverwalter, nicht mehr zum Gemeinschuldner; er nimmt nur noch am Gewinn oder Verlust der *Masse* teil. Erwirbt daher der Gemeinschuldner das Geschäft aus der Masse zwecks eigener Fortführung, oder schließt er einen vorteilhaften Zwangsvergleich, so kann der stille Gesellschafter keinen Anteil an dem vom *Gemeinschuldner* erzielten Gewinn beanspruchen (Staub[8]-Pinner aaO.).

II. **Durchführung der Auseinandersetzung.**

a. **Verhältnis zu den Vorschriften des BGB.** Für die nähere Art, wie die Auseinandersetzung durchzuführen, sind BGB. §§ 738, 739 nicht anwendbar (D. 186). Auch eine *entsprechende* Anwendung ist nicht möglich (dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 4), da im BGB. §§ 738, 739 von Voraussetzungen ausgegangen wird, die auf die stille Gesellschaft nicht zutreffen, Gesamteigentum am Gesellschaftsvermögen und gemeinschaftliche Schulden. Der Inhalt des BGB. § 740 ist in HGB. § 340 Abs. 2, 3 übernommen. Bezüglich der seitens des stillen Gesellschafters dem haftenden zur Benutzung überlassenen Gegenstände ist BGB. § 732 entsprechend anwendbar; sie sind zurückzugeben (§ 335 Anm. I a 18).

b. **Berichtigung des Guthabens des stillen Gesellschafters in Geld** (§ 340 Abs. 1 Halbs. 2). Die Vorschrift, daß der haftende Gesellschafter dem stillen dessen Guthaben in Geld zu zahlen hat, entspricht der Pflicht des stillen Gesellschafters (§ 335 Anm. VI a), seine Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des haftenden Gesellschafters übergeht. Das Auseinandersetzungsguthaben ist übertragbar (BGB. § 717; vgl. HGB. § 105 Anm. I f 2). — Der Anspruch des stillen Gesellschafters geht auf Zahlung seines *Guthabens*, nicht etwa auf unverminderte Rückzahlung seiner *Einlage*. Der stille Gesellschafter muß daher dartun, welches Guthaben (oder Mindestguthaben) ihm zusteht. Nicht genügt, daß er seine Einlage fordert, dem haftenden Gesellschafter den Beweis dafür überlassend, daß sie gemindert sei (Staub[8]-Pinner Anm. 14 gegen Bolze 9 Nr. 456). Der stille Gesellschafter kann das Vorhandensein eines Guthabens in verschiedener Weise dartun; so z. B. durch eigene Aufmachung einer Bilanz (ROH. 13 274, Bolze 7 Nr. 627) oder durch Berufung auf die vorjährige Bilanz mit der Behauptung, daß das letzte Jahr nicht Verlust gebracht hat (Bolze 1

worden, daß in der Änderung des Antrags auf Rechnungslegung in den Antrag auf Leistung keine Klageänderung liege (RG. **40** 9). Zwecks Vorbereitung der Klage auf Zahlung des Guthabens kann ein Antrag gemäß § 338 Abs. 3 gestellt werden (oben Anm. I). Legt der haftende Gesellschafter eine Bilanz vor, und berechnet er hieraus ein bestimmtes Guthaben für den stillen Gesellschafter, so kann dieser den so zugestandenen Betrag als *Mindest*guthaben einklagen, ohne auf weitergehende Ansprüche verzichten zu müssen (*dagegen* für Urkundenprozeß Bolze **3** Nr. 777). Gesteht der haftende Gesellschafter eine bestimmte Höhe des Guthabens zu, indem er aber zugleich Gegenforderungen erhebt, so ist der stille Gesellschafter berechtigt, das zugestandene Guthaben einzuklagen, und dem haftenden Gesellschafter bleibt überlassen, in dem angestellten Rechtsstreit seine Gegenforderungen zu begründen (Bolze **6** Nr. 629).

c. **Leistung einer rückständigen Einlage des stillen Gesellschafters** ist nach erfolgter Auflösung nur noch in derjenigen Höhe zu bewirken, in welcher der haftende Gesellschafter sie nicht gemäß der Auseinandersetzungsberechnung zurückzuzahlen hätte; darüber hinaus hat der stille Gesellschafter, wenn er eine Geldeinlage versprochen hat, Aufrechnungsbefugnis in Höhe seiner Gegenforderung (BGB. § 387); entsprechend im Konkurs HGB. § 341 Abs. 2). Hat er eine andersartige Vermögenseinlage versprochen, so hat er die Wahl, ob er ein Zurückbehaltungsrecht (BGB. § 320, unter Umständen auch HGB. §§ 369ff.) in Höhe seiner Gegenforderung ausüben, oder ob er, wenn der Gegenstand teilbar, nur einen entsprechenden Teil leisten, wenn er nicht teilbar, Miteigentum zum entsprechenden Teil übertragen will. Daß die Pflicht zur Leistung einer nicht in Geld bestehenden Vermögenseinlage sich durch die Auflösung der Gesellschaft in eine Geldschuld umwandle (so Behrend § 94 Anm. 25, Staub[8]-Pinner Anm. 7), ist nicht zuzugeben (ebenso Lehmann Nr. 4).

d. **Schwebende Geschäfte** (§ 340 Abs. 2, 3).

1. *Die Abwickelung erfolgt durch den haftenden Gesellschafter allein* (§ 340 Abs. 2 Satz 1). Dies entspricht der Stellung, die er auch während *bestehender* Gesellschaft einnimmt. Die Vorschrift ist sachlich übereinstimmend mit BGB. § 740 Abs. 1 Satz 2: „Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint.“ Da die Gesellschaft nunmehr erloschen ist und auch nicht mit Beschränkung auf die schwebenden Geschäfte fortbesteht (Staub[8]-Pinner Anm. 1 gegen Behrend § 94 Anm. 13; vgl. auch Bolze **14** Nr. 483a), so haftet der haftende Gesellschafter fortan nicht nur für Sorgfalt wie in Eigenem, sondern für Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (Bolze **11** Nr. 466). Den Beweis, daß eine Sorgfaltsverletzung vorliege, hat der stille Gesellschafter zu führen (Bolze **11** Nr. 466, vgl. § 241 Anm. IIc 2; dagegen Staub[8]-Pinner Anm. 11). Gegen Verletzung der dem haftenden Gesellschafter bei der Abwickelung obliegenden Pflichten kann unter Umständen auch Schutz durch einstweilige Verfügung nachgesucht werden (Behrend § 94 Anm. 7, Staub[8]-Pinner Anm. 12, Lehmann Nr. 5). Nur auf diesem Weg kann der stille Gesellschafter unter Umständen erreichen, daß einstweilig einem unbeteiligten Dritten die Abwickelung übertragen wird. Dagegen ist es unzulässig, dem haftenden Gesellschafter endgültig die Abwickelung zu entziehen und etwa im ordentlichen Verfahren auf Bestellung eines Liquidators zu klagen (RG. **19** 167).
2. *Teilnahme des stillen Gesellschafters an Gewinn und Verlust, der sich aus schwebenden Geschäften ergibt* (§ 340 Abs. 2 Satz 2). Entsprechend BGB.

§ 740 Abs. 1 Satz 1. Mit dem Zeitpunkt der Auflösung erlischt die **Beteiligung des** stillen Gesellschafters am Gewinn und Verlust des Handelsgeschäfts als Ganzen. **Er bleibt** jedoch an Gewinn und Verlust aus schwebenden Geschäften beteiligt, und zwar (**RG. 48 80**) in dem früheren Verhältnis. Die Höhe des Gewinns oder Verlusts ergibt sich aus einer Vergleichung der aus den schwebenden Geschäften erzielten Endergebnisse mit denjenigen Werten (evtl. 0), mit welchen in der Auseinandersetzungsberechnung (oben Anm. I) die etwa damals bereits vorliegenden Teilergebnisse jener Geschäfte berücksichtigt sind. — War vereinbart, daß der stille Gesellschafter an Gewinn oder Verlust der vor Beginn der stillen Gesellschaft vom haftenden Gesellschafter abgeschlossenen, aber nach Beginn der stillen Gesellschaft ausgeführten Geschäfte teilnehmen solle, so wird im Zweifel als gewollt auch anzunehmen sein, daß entsprechend der Gewinn und Verlust aus den bei Auflösung der stillen Gesellschaft abgeschlossenen aber noch nicht ausgeführten Geschäften auf alleinige Rechnung des haftenden Gesellschafters gehen solle (vgl. Bolze **14** Nr. 483a).

3. Jährliche Rechnungslegung und Auszahlung des Gewinnanteils (§ 340 Abs. 3). Entsprechend BGB. § 740 Abs. 2. Nur auf Verlangen des stillen Gesellschafters hat der haftende die Pflichten aus § 340 Abs. 3. Über den Inhalt der Rechnungslegung und Auskunftserteilung vgl. § 114 Anm. VIb. Die Rechnungslegung (Rechenschaft) hat sich nur auf die bis zum Ablauf des betreffenden Geschäftsjahrs beendigten, die Auskunftserteilung auch auf die noch schwebenden Geschäfte zu erstrecken. Bezüglich Auszahlung des dem stillen Gesellschafter gebührenden Betrags vgl. oben Anm. IIb. Die Einforderung eines aus der rückständigen Einlage des stillen Gesellschafters zu deckenden Fehlbetrags ist nicht an die jährlichen Abrechnungen gebunden (oben Anm. IIc); doch kann unter Umständen die jährliche Abrechnung zur Widerlegung einer etwa vom stillen Gesellschafter erhobenen Aufrechnungseinrede dienen.

III. **Abweichende Vereinbarungen** sind zulässig (§ 335 Anm. IIIc, RG. 4 II 95 JW. 146[9]). Insbesondere kann gültig vereinbart werden, daß nach Auflösung gemeinsame Liquidation gemäß den für die offene Handelsgesellschaft oder den für die Kommanditgesellschaft geltenden Regeln eintreten soll (RG. **45** 37; vgl. auch Bolze **11** Nr. 466). Das Reichsgericht aaO. legt die Abrede, daß gemeinsame Liquidation stattzufinden habe, dahin aus, daß die beiderseitigen Einlagen auch während bestehender Gesellschaft Gesamteigentum sein sollten; wäre dies zutreffend, so würde eine mit dieser Abrede geschlossene Gesellschaft nicht als stille angesehen werden können (§ 335 Anm. II). Möglich ist es aber auch, die Abrede dahin auszulegen, daß erst bei Auflösung der haftende Gesellschafter verpflichtet sein solle, dem stillen Gesellschafter Miteigentum an den dann vorhandenen zum Handelsgeschäft gehörigen Vermögensgegenständen behufs gemeinschaftlicher Verwertung einzuräumen. Welches von beiden gewollt ist, muß aus den Umständen des einzelnen Falls abgeleitet werden.

§ 341.

Rechte des stillen im Konkurs des haftenden Gesellschafters.

Wird über das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts der Konkurs eröffnet, so kann der stille Gesellschafter wegen der Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Antheils am Verlust übersteigt, seine Forderung als Konkursgläubiger geltend machen.

Ist die Einlage rückständig, so hat sie der stille Gesellschafter bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Antheils am Verlust erforderlich ist, zur Konkursmasse einzuzahlen.

ADH. Art. 258. **Entw. I** § 313. **Entw. II** § 332.

I. Konkurs über das Vermögen des haftenden Gesellschafters. Über den Konkurs ...

schaft erst durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des haftenden Gesellschafters aufgelöst ist, oder ob sie aus anderem Grund aufgelöst ist, aber demnächst vor vollständiger Durchführung der Auseinandersetzung Konkurs über das Vermögen des haftenden Gesellschafters eröffnet ist. — Im Konkurs des haftenden Gesellschafters wird zwischen handelsgeschäftlichen Gläubigern und Privatgläubigern desselben nicht unterschieden; auch gegenüber dem stillen Gesellschafter ist eine solche Unterscheidung einflußlos.

II. **Auseinandersetzungsguthaben des stillen Gesellschafters** (§ 341 Abs. 1). Der § 341 Abs. 1 behandelt den Fall, daß bei Auseinandersetzung des stillen Gesellschafters mit dem haftenden Gesellschafter (§ 340 Anm. I) für ersteren ein Guthaben verbleibt. „Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Anteils am Verlust übersteigt" steht für „Guthaben auf Einlagekonto"; jener Ausdruck ist nicht ganz genau, da auch Zuschreibungen von Gewinn auf Einlagekonto vorkommen können (§ 337 Anm. IIa). Nach § 341 Abs. 1 kann der stille Gesellschafter die Forderung auf Zahlung seines Auseinandersetzungsguthabens nur als Konkursgläubiger ohne Aussonderungs- oder Absonderungsrecht geltend machen. Wie hoch dies Auseinandersetzungsguthaben sich stellt, ist außerhalb des Konkursverfahrens festzustellen (KO. § 16, RG. 7 VII 84 GruchotsBeitr. 29 1000), wobei, soweit der Wert des vorhandenen Vermögensbestands oder das Endergebnis schwebender Geschäfte in Betracht kommt, nicht die bei Konkurseröffnung erfolgte Schätzung, sondern — mangels anderweiter Vereinbarung — nur das Ergebnis der durch den Konkursverwalter zu bewirkenden Versilberung oder Beendigung des schwebenden Geschäfts maßgebend ist (RG. 18 IV 01 JW. 404[22]). Der stille Gesellschafter hat nicht das in KO. § 51 bestimmte Absonderungsrecht wegen etwaiger auf das Gesellschaftsverhältnis sich gründender Forderungen (ebenso Staub[9]-Pinner Anm. 3; vgl. D. 186); denn § 51 setzt voraus, daß die gemeinschaftliche Vermögensmasse im Vermögen beider Teile oder der Gesellschaft als solcher steht (KO. § 51: „Anteil"), während bei der stillen Gesellschaft das vom stillen Gesellschafter Eingelegte in das Alleinvermögen des haftenden Gesellschafters übergeht (§ 335 Anm. II). Diese Nichtanwendbarkeit des § 51 KO. ist in HGB. § 341 hervorgehoben bezüglich der Forderung auf Zahlung des Guthabens auf Einlagekonto. Das Gleiche gilt aber auch bezüglich etwaiger anderer auf das Gesellschaftsverhältnis sich gründender Forderungen, so z. B. bezüglich nicht abgehobener, den Betrag der Einlage übersteigender Gewinne (§ 337 Abs. 3). Der stille Gesellschafter ist aber Massegläubiger wegen etwaiger Ansprüche aus Geschäftsfortführung nach Auflösung (§ 335 Anm. Ia 17). — Wo dagegen eine Gesellschaft vorliegt, bei welcher bedungen ist, daß das Eingelegte nicht Alleinvermögen des haftenden Gesellschafters werden, vielmehr gemeinsames Vermögen bleiben solle — mag man nun eine solche Gesellschaft als stille bezeichnen oder nicht (§ 335 Anm. IIb) — ist nicht § 341 Abs. 1, vielmehr KO. § 51 anzuwenden. — Sind im Einzelfall dem stillen Gesellschafter bezüglich seiner Forderungen dingliche Sicherungen eingeräumt (§ 335 Anm. Vc), oder hat der stille Gesellschafter sich das Eigentum an einzelnen eingelegten Gegenständen vorbehalten (z. B. bei Überlassung nur zur Nutzung; vgl. § 335 Anm. Vb 3), so kommt insoweit nicht § 341 Abs. 1, vielmehr kommen die Bestimmungen der Konkursordnung zur Anwendung. Kein solcher Eigentumsvorbehalt liegt jedoch an sich in der Einlegung eines nicht in Geld bestehenden Vermögensgegenstands; vielmehr kommt nur dessen bei Einlegung vorhandener Wert für die Berechnung des Guthabens auf Einlagekonto in Betracht (§ 340 Anm. I).

III. **Auseinandersetzungsschuld des stillen Gesellschafters** (§ 341 Abs. 2). Ist die Einlage rückständig, so besteht ein auf Leistung derselben gerichteter Anspruch des haftenden Gesellschafters, jedoch nach Auflösung begrenzt durch die Gegenforderung des stillen Gesellschafters auf Auszahlung des Gewinnüberschusses und des Auseinandersetzungsguthabens (§ 340 Anm. IIc). In demselben Umfang, in welchem der Anspruch dem haftenden Gesellschafter zusteht, kann er nach § 341 Abs. 2 auch von dessen Konkursmasse geltend gemacht werden. Ist ein anderer Vermögensgegenstand als Geld einzulegen, so entfällt hier allerdings wegen der konkursrechtlichen Bestimmungen die Möglichkeit der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts (§ 340 Anm. IIc)

schuld des stillen Gesellschafters besteht, die Parteiabreden über die Höhe des Gewinn- und Verlustanteils des stillen Gesellschafters grundlegend sind, so ist selbstverständlich, daß auch die Masse diese Abreden — soweit sie nicht dem zwingenden Konkursrecht entgegenstehen — gegen sich gelten lassen muß; dies gilt insbesondere auch von der Abrede, daß der stille Gesellschafter am Verlust nicht teilnehmen soll (RG. 31 36). Ebenso — mit der Maßgabe in § 342 — bezüglich der Abreden betreffend Erlöschen der Einlegungspflicht (vgl. § 335 Anm. V b 2).

§ 342.

Rückgewähr oder Erlaßvertrag im letzten Jahr vor Konkurseröffnung.

Ist auf Grund einer in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung diesem die Einlage ganz oder theilweise zurückgewährt oder sein Antheil an dem entstandenen Verluste ganz oder theilweise erlassen worden, so kann die Rückgewähr oder der Erlaß von dem Konkursverwalter angefochten werden. Es begründet keinen Unterschied, ob die Rückgewähr oder der Erlaß unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind.

Die Vorschriften der Konkursordnung über die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkung finden Anwendung.

ADH. Art. 259. **Entw. I** § 314. **Entw. II** § 333.

I. Verhältnis des § 342 zur Konkursordnung.
II. Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nach § 342 Abs. 1 und 2.
III. Anfechtung (Gegenstand, Geltendmachung, Wirkung).

I. **Verhältnis des § 342 zu den Anfechtungsfällen der Konkursordnung.** Der § 342 gilt neben den §§ 29—34 KO.; unter Umständen kann daher die Anfechtung sowohl auf § 342 wie auf die KO. gegründet werden; der § 342 erleichtert im Verhältnis zu KO. § 30 die Anfechtung durch Erstreckung des zurückliegenden für die Anfechtung in Betracht kommenden Zeitraums und im Verhältnis zu KO. § 31 dadurch (D. 186), daß der Anfechtende nicht eine Absicht der Gesellschafter, die Konkursgläubiger zu benachteiligen, nachzuweisen braucht (vgl. ROH. 14 95), vielmehr nur dem stillen Gesellschafter der Gegenbeweis aus § 342 Abs. 2 offen steht. — Der § 35 KO. ist für anwendbar auch auf den Fall des § 342 zu erachten, soweit er damit vereinbart ist, daß § 342 eine Vereinbarung der Gesellschafter (unten Anm. II c) voraussetzt (Staub[8]-Pinner Anm. 3). — Über die Anwendbarkeit der §§ 36—41 KO. auf den Fall des § 342 vgl. unten Anm. III b, c, über die Anwendbarkeit des § 42 KO. vgl. unten Anm. II d. — Der § 342 enthält zwingendes Recht (§ 335 III c).

II. **Rückgewähr oder Erlaß auf Grund im letzten Jahr vor Konkurseröffnung getroffener Vereinbarung** (vom Kläger darzutuende Voraussetzungen; § 342 Abs. 1); **außer wenn Grund des Konkurses erst nach Vereinbarung eingetreten** (zulässige Einrede des Beklagten; § 342 Abs. 2).

a. **Rückgewähr auf die Einlage.** Vgl. § 172 Anm. III. Unter „Einlage“ ist hier nur das Eingelegte, nicht auch das Einzulegende verstanden, denn nur ersteres kann zurückgewährt werden. Mit den Worten „die Einlage ... zurückgewährt“ ist nicht der Sinn verbunden,

anderer Art erfolgt als die Leistung der Einlage. Ebenso wie eine Rückgewähr ist aber auch — wenngleich dies in § 342 nicht erwähnt — eine Sicherung zu behandeln (ROH. **14** 93, RG. 27 IX 84 GruchotsBeitr. **29** 997, RG. **27** 18), da anderenfalls die Vorschrift des § 342 leicht umgangen werden könnte. Einer Rückgewähr steht auch die Umwandlung in ein anderes Schuldverhältnis gleich (P. 4558), insoweit hierdurch die Konkursgläubiger benachteiligt werden, was nicht ausgeschlossen ist (Staub[8]-Pinner Anm. 3; dagegen Behrend § 95 Anm. 13, Lehmann Nr. 4), z. B. wenn die Einlage in ein Darlehn mit kurzer Rückzahlungsfrist umgewandelt wird und dann die Rückzahlung des Darlehns erfolgt.

b. **Erlaß des Anteils am entstandenen Verlust.** Vorausgesetzt ist, daß zur Zeit der Vereinbarung der Verlust bereits eingetreten war („entstanden"). Unerheblich dagegen ist, ob die genaue Höhe des Verlustanteils damals bereits durch Bilanzziehung oder Auseinandersetzungsberechnung festgestellt war. Unerheblich ist ferner, ob die versprochene Einlage bereits geleistet oder noch rückständig war; auch im letzteren Fall tritt die Anfechtbarkeit gemäß § 342 ein (D. 186). Der Erlaß des Anteils an *künftigem* Verlust ist nicht anfechtbar gemäß § 342, sondern nur gemäß den allgemeinen Vorschriften der Konkursordnung. — Nur der Erlaß des *Verlust*anteils — gleichgültig, ob er aus geleisteter oder rückständiger Einlage zu decken — ist in § 342 getroffen. Das Anfechtungsrecht des § 342 ist nicht auch auf den Fall erstreckt, daß der noch rückständige, zur Deckung des Verlustanteils *nicht* erforderliche Teil der *Einlage* erlassen wird (D. 186, Staub[8]-Pinner Anm. 11, Goldmann Nr. 4). Auch der Erlaß der zur Deckung des Anteils am entstandenen Verlust nicht erforderlichen rückständigen Einlage kann aber anfechtbar sein nach den allgemeinen Vorschriften der Konkursordnung. Ein Erlaß des Verlustanteils ist nur möglich, wenn im Einzelfall der stille Gesellschafter überhaupt am Verlust beteiligt ist (RG. **31** 37). Ist eine offene Handelsgesellschaft haftender Gesellschafter, so liegt kein Erlaß darin, daß einer der Mitinhaber jener offenen Handelsgesellschaft in *eigenem* Namen dem stillen Gesellschafter gegenüber sich zum Ersetzen des Verlustanteils verpflichtet (RG. **30** 35).

c. **Auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem haftenden und dem stillen Gesellschafter.**

1. „*Auf Grund.*" Vgl. § 303 Anm. II a 3. Im Fall der Rückgewähr ist letztere von der Vereinbarung in der Regel unterscheidbar, im Fall des Erlasses fallen Vereinbarung und Erlaß in der Regel zusammen. Eine genügende Vereinbarung liegt aber auch in der tatsächlichen Rückgewährung seitens des haftenden Gesellschafters und Annahme des Rückgewährten seitens des stillen Gesellschafters. Wesentlich ist mithin nicht, daß die Vereinbarung als eine unterscheidbare Rechtshandlung zeitlich früher liegt als die Rückgewähr oder der Erlaß. Die Worte „auf Grund" weisen nicht auf die Zeitfolge, vielmehr auf den ursächlichen Zusammenhang hin. Vorausgesetzt ist hiernach, daß Rückgewähr oder Erlaß in *ursächlichem Zusammenhang* zu der nachträglichen Vereinbarung stehen; Anfechtbarkeit tritt daher nur dann ein, wenn ohne jene Vereinbarung der stille Gesellschafter Rückgewähr oder Erlaß nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit hätte beanspruchen können. War dagegen die Verpflichtung zur Rückgewähr oder zum Erlaß schon im Gesellschaftsvertrag oder in anderer Weise vor jener Vereinbarung begründet, so sind dementsprechend erfolgte Rückgewähr oder Erlaß nicht anfechtbar gemäß § 342 (RG. 27 IX 84 Gruchots Beitr. **29** 997). Unerheblich ist, ob in der Vereinbarung auf die Rückgewähr als eine Folge derselben ausdrücklich hingewiesen ist; Anfechtbarkeit liegt daher auch vor, wenn z. B. lediglich vereinbart ist, die Gesellschaft vorzeitig aufzulösen (vgl. § 342 Abs. 1 Satz 2), und dann infolge der Auflösung die Rückgewähr erfolgt.
2. *Vereinbarung.* Wesentlich ist, daß Rückgewähr oder Erlaß unter freiwilliger Mitwirkung beider Gesellschafter erfolgen. Die Rückgewähr ist daher nicht anfechtbar gemäß § 342, wenn der stille Gesellschafter sie *einseitig* erzwingt, z. B. durch Kündigung (auch fristlose), unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Voraussetzungen, oder durch Anfechtung des durch Betrug zustande gekommenen Gesellschaftsvertrags; anfechtbar dagegen, wenn der haftende Gesellschafter [illegible]

einer Auflösungsübereinkunft, auch wenn der Gesellschaftsvertrag wegen Betrugs anfechtbar und die Anfechtung erklärt war. Dem ist nicht beizustimmen, denn die Übereinkunft, wenn sie nicht etwa dem stillen Gesellschafter mehr Rechte gibt als er hatte, erfolgt hier nur in Ausführung einer bereits vorhandenen Rückgewährpflicht. Anders nur, wenn der ursprüngliche Betrug bereits geheilt war, z. B. durch Fortsetzung der Gesellschaft trotz Kenntnis; auch können unter Umständen die Anfechtungsvorschriften der Konkursordnung eingreifen. — Unter „Vereinbarung" ist eine nachträgliche Vereinbarung im Gegensatz zum ursprünglichen Gesellschaftsvertrag verstanden (RG. 27 IX 84 Gruchots Beitr. 29 997, OLG. Hamburg 19 VI 94 ZHR. 48 345; vgl. RG. 27 18); der Fall des § 342 liegt daher nicht vor, wenn in dem innerhalb eines Jahrs vor Konkurseröffnung geschlossenen Gesellschaftsvertrag Rückgewähr oder Erlaß zugesagt waren (Staub[8]-Pinner Anm. 1).

3. Zwischen dem haftenden und dem stillen Gesellschafter. Eine zwischen dem haftenden Gesellschafter und einem Dritten geschlossene Vereinbarung begründet an sich nicht Anfechtbarkeit gemäß § 342. Die Rückgewähr wird indessen in der Regel nicht ohne eine entsprechende Annahmehandlung des stillen Gesellschafters bewirkbar sein, in einer solchen Annahmehandlung wird aber meist ein Beitritt zu der mit dem Dritten geschlossenen Vereinbarung oder wenigstens zu dem die Rückgewähr betreffenden Teil derselben liegen (oben zu 1), und dadurch wird auch der stille Gesellschafter Mit-Vereinbarer. Ist haftender Gesellschafter eine offene Handelsgesellschaft, so ist eine zwischen einem Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft in eigenem Namen mit dem stillen Gesellschafter getroffene Vereinbarung keine solche zwischen dem haftenden und dem stillen Gesellschafter (RG. 30 36). — Daraus, daß als eine Vertragspartei der „stille Gesellschafter" genannt ist, will Rudorff ableiten, daß nur eine dem Gesellschaftsvertrag nachfolgende Vereinbarung gemeint sein könne (oben zu 2); doch kann hieraus jene Folgerung nicht gezogen werden, da der Sprachgebrauch im Gesetz hierzu nicht genau genug ist; so ist z. B. in §§ 340, 341 als „stiller Gesellschafter" bezeichnet, wer früher stiller Gesellschafter war.

d. **Im letzten Jahr vor Konkurseröffnung.** Für die Vereinbarung, nicht für Rückgewähr bzw. Erlaß, weist § 342 auf diesen Zeitraum hin. Da aber die Vereinbarung Ursache der Rückgewähr bzw. des Erlasses sein soll (oben Anm. II c 1), so können letztere nicht früher als die Vereinbarung liegen, sondern im äußersten Fall mit ihr zusammenfallen. Entsprechend anzuwenden ist auch hier KO. § 42:

> „Die Vorschriften über die Anfechtung der vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen gelten auch für die Anfechtung von Rechtshandlungen, die nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen worden sind, sofern diese nach den §§ 892, 893 des Bürgerlichen Gesetzbuchs" (betreffend öffentlichen Glauben des Grundbuchinhalts) „den Konkursgläubigern gegenüber wirksam sind. Die Frist für die Ausübung des Anfechtungsrechts beginnt mit der Vornahme der Rechtshandlung".

Vorausgesetzt ist, daß über das Vermögen des haftenden Gesellschafters Konkurs eröffnet ist; ist haftender Gesellschafter eine offene Handelsgesellschaft, so ist die Voraussetzung nicht gegeben, wenn nur über das Vermögen eines Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft Konkurs eröffnet ist (RG. 30 36).

e. **Wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung eingetreten sind, ist die Anfechtung ausgeschlossen.** Sache des Beklagten ist es, hierauf eine Einrede zu gründen und im Fall des Bestreitens den Beweis zu erbringen. Hierdurch wird dem Zweck des Gesetzes (D. 186) Rechnung getragen, die Anfechtung des § 342 auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen die Herausziehung der Einlage aus dem Geschäft zu einer Zeit geschieht, in der die Ursachen des späteren Vermögensverfalls schon vorliegen. Kein nach Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetretener Grund ist diese Vereinbarung selbst; der in § 342 zugelassene Gegenbeweis kann daher nicht erbracht werden.

Vereinbarung nicht bestehend dargetan werden (ROH. 14 94; ebenso Goldmann Nr. 7; dagegen Staub⁸-Pinner Anm. 5; vermittelnd Lehmann Nr. 9); dagegen kann er geführt werden durch den Nachweis, daß damals auch bei Berücksichtigung der Folgen jener Vereinbarung keine Zahlungseinstellung oder Überschuldung in Aussicht stand. — Zweifelhaft ist, ob die Einrede erhoben werden kann, wenn der Konkurs in mehreren Umständen seinen Grund hat, die teilweise vor, teilweise nach der Vereinbarung eingetreten sind. ROH. 14 96, Staub⁸-Pinner Anm. 5 und Goldmann Nr. 7 verlangen den Nachweis, daß allein die späteren Umstände ursächlich für den Konkurs waren. Wollte man dies streng nehmen, so wäre der Nachweis nie zu erbringen, da die Wirkung auch mit vielen sehr entfernten Tatsachen in ursächlichem Zusammenhang steht. Andererseits muß aber der Gegenbeweis als nicht geführt erachtet werden, wenn nur eine der letzten entscheidenden Tatsachen, z. B. Konkursantrag oder Pfändung, nach der Vereinbarung lag, Zahlungseinstellung oder -stockung aber schon früher vorhanden war. Entscheidend wird daher nur sein können, ob zur Zeit der Vereinbarung bereits Umstände vorlagen, nach denen die Beteiligten — bei Berücksichtigung der durch Ausführung der Vereinbarung erfolgenden Verschlechterung der Vermögenslage des haftenden Gesellschafters — die Möglichkeit eines bevorstehenden Konkurses in den Kreis ihrer Erwägungen ziehen mußten. — Nur die Tatsache, wann der Grund zum Konkurs entstanden, ist entscheidend; unerheblich dagegen ist, ob der stille Gesellschafter in der Lage ist, den Beweis zu erbringen, daß bei Vereinbarung nicht die Absicht vorlag, die Gläubiger zu benachteiligen (ROH. 14 95).

III. **Anfechtung.**

a. **Gegenstand der Anfechtung** ist die Rückgewähr oder der Erlaß, nicht die etwa (oben Anm. II c 1) davon verschiedene Vereinbarung; auf die Vereinbarung — soweit nicht etwa diese gemäß KO. anfechtbar ist — kann daher der stille Gesellschafter eine Forderung als Konkursgläubiger stützen (Staub⁸-Pinner Anm. 8). Die Anfechtung erfolgt in voller Höhe des Rückgewährten oder Erlassenen (KO. § 37); der stille Gesellschafter kann weder einwenden, daß sein Verlustanteil geringer sei (vgl. § 341 Abs. 1), noch (dagegen Cosack HR. § 112 XI 3 c δ), daß der eingeforderte Betrag größer sei als zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich.

b. **Geltendmachung.** Für anwendbar erklärt sind die Vorschriften der Konkursordnung (HGB. § 342 Abs. 3).

1. Anfechtungsberechtigter ist der Konkursverwalter, und nur dieser. Dies folgt bereits aus § 342 Abs. 1 Satz 1. Der § 36 KO. lautet:

„Das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt."

2. Verjährung. Auch die hierüber in KO. § 41 gegebenen Vorschriften betreffen die Geltendmachung der Anfechtung, da sie dieser Geltendmachung Grenzen setzen. Der § 41 KO. lautet:

„Die Anfechtung kann nur binnen Jahresfrist seit der Eröffnung des Verfahrens erfolgen. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 203 Abs. 2 und des § 207 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung ....

Ist durch die anfechtbare Handlung eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu einer Leistung begründet, so kann der Konkursverwalter die Leistung verweigern, auch wenn die Anfechtung nach Abs. 1 ausgeschlossen ist."

3. Anfechtung gegen Rechtsnachfolger. Auch dies ist im Sinn des § 342 Abs. 3 eine Vorschrift über „Geltendmachung" des Anfechtungsrechts; der hierüber bestimmende § 40 KO. ist daher gleichfalls für anwendbar zu erachten (ebenso Staub⁸-Pinner Anm. 9, Rudorff, Lehmann Nr. 7, Goldmann Nr. 10). Der § 40 KO. lautet:

„Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt.

Im Falle des Abs. 2 Nr.
stimmung des § 37 Abs. 2 ?
c. **Wirkung.** Für anwendbar erklär
Abs. 3). Die hierhergehörigen §§
§ 37. „Was durch die
schuldners veräußert, wegge
gewährt werden.
Der gutgläubige Empfä
zurückzugewähren als er du
§ 38. „Die Gegenleistu
in derselben befindet, oder
hinaus kann ein Anspruch
§ 39. „Wenn der Em
gewährt, so tritt seine For

Alp

